DEI DIRITTI
DELLE DONNE

SECONDO IL CODICE CIVILE

DEL REGNO D'ITALIA

PER CURA

DELL'AVV. ANGIOLO BURRI

GIUDICE AL TRIBUNALE CIVILE E CORREZIONALE

DI FIRENZE.

FIRENZE

TIPOGRAFIA DI ADRIANO SALANI

1869

DEI DIRITTI DELLE DONNE

SECONDO

IL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

INTRODUZIONE

La legislazione di ciascun paese si compone di due elementi; del diritto *pubblico*, e del diritto *privato.*

Ognun sa, che il diritto *pubblico* nel suo significato ristretto e speciale è quello, che regola la costituzione politica dello Stato, ed i rapporti dei governanti, e dei governati: è la sorgente dei diritti *civici* o *politici*, per i quali i cittadini sono chiamati a partecipare all'esercizio del potere pubblico. Tali sono — il diritto di votare nelle assemblee elettorali — la eligibilità — il diritto di esercitare le funzioni di Giurato — di coprire i pubblici impieghi — di figurare come testimoni istrumentali negli atti ricevuti da Notajo.

Il diritto *privato* o il diritto *civile* è quello che regola gli interessi dei particolari . . . . . . la famiglia, la proprietà, le convenzioni; — è la sorgente dei diritti civili, cioè delle facoltà, dei vantaggi, il godimento dei quali, per il nostro Codice, appartiene non solo ai cittadini, ma ancora agli stranieri (1.)

Il nostro *diritto pubblico* esclude le donne dall'esercizio dei diritti *politici*, non certamente per la disparità esteriore, e di fatto della forza muscolare, ma perchè la natura ha assegnato ad esse un compito proprio, e diverso da quello degli uomini. E come non potrebbero declinare dall' ufficio

(1.) *Cod. civ. Art. 3.*

e dalle cure della maternità, così non è loro dato, o per lo meno non gioverebbe al civile consorzio, che traducessero in atto l'esercizio indistinto di diritti, che in potenza possiedono come gli uomini (2.).

Quindi non hanno il diritto dell'*elettorato* (3.) — Non possono esercitare funzioni giudiziarie, nè coprire i pubblici impieghi. — Non possono figurare quali testimoni *istrumentali* negli atti ricevuti da Notajo, o da Uffiziali dello Stato civile (4.) — Non possono finalmente essere procuratrici *ad lites* (5.).

Però sono ammesse a rendere testimonianza tanto nelle cause civili, che penali, perchè la capacità di rendere testimonianza non vuole essere considerata come un *diritto*, ma sibbene, come è realmente, un' obbligazione, un carico, un dovere, che la società impone ai suoi membri.

Quanto al godimento e all' esercizio dei diritti civili, il principio, che domina il nostro Codice è la uguaglianza tra i due sessi.

La donna innutta o vedova gode in generale degli stessi diritti dell'uomo; soltanto sotto alcuni rapporti la sua condizione è regolata da disposizioni speciali, come relativamente alla età per contrarre matrimonio — agli ufficj tutelari — all' arresto personale — alle lettere di cambio (6.)

Ma la condizione giuridica delle donne maritate è sostanzialmente modificata dal contratto di matrimonio, il quale mentre conferisce loro la condizione, ed il domicilio del marito — il diritto di succedere su parte della sua eredità — la patria potestà sui figli; le sottopone per altro alla autorità del medesimo tanto riguardo alle obbligazioni, quanto relativamente al pieno esercizio di dominio sui propri beni (7.).

Fu detto, che con tali disposizioni aveva il Codice costituita la donna in uno stato di servitù, e di dipendenza (8.).

Ma quale era la di lei condizione per le tradizioni, per gli usi, per le leggi, che vigevano nelle diverse province d'Italia prima della loro unificazione?

Sotto una perpetua *tutela* per le antiche Leggi Romane (9.) — colpita d'incapacità assoluta, e ridotta a *stato* puramente passivo sotto le leggi

---

(2.) « *Non quia non habent judicium, sed quia receptum est ut civilibus officiis non fungantur* » *Leg. 12. § 2. ff. de* JUDIC.

(3.) *Statuto Costituzionale del Regno del 4 Marzo 1848. Art. 4. Legge elettorale del 20 Novembre 1859. Art. 1. Legge Comunale e provinciale del 20 Marzo 1865.*

(4.) *Cod. civ. Art. 351. 788.*

(5.) *Arg. Art. 156 del Cod. di Proc. civ.*

Leg. 1 § 5, ff. de postuland. « Sexum dum foeminas prohibet pro aliis postulari: et ratio « quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem, alienis causis se immisceant: « ne virilibus officiis fungantur mulieres. Origo vero introducta est a Carfania improbissima « foemina, que inverecunde postulans, et magistratum inquietans causam dedit edicto ».

(6.) *Cod. civ. Art. 55. 268. 2097. — Cod. di Commer. Art. 199.*

(7.) *Cod. civ. Art. 9. 14. 18. 220. 753. 754. 755. 812 e 134.*

(8.) *Vedi Relaz. e Discus. alla Camera dei Deputati per l'unificazione legislativ. Tornata 11 Febbrajo 1865.)*

(9.) *Ulpian. Fragm tit 11 § 1.*

dei Longobardi (10.) — colpita della stessa incapacità sotto le leggi *statutarie*. E per parlare dei tempi moderni, e delle leggi testè abrogate, noi troviamo le donne escluse dalle successioni in favore dei maschi, — incapaci non solo a stare mallevadrici, ma anche a fare una liberalità; — escluse dall'esercizio della patria potestà (11.).

Di fronte a ciò, non vi è dubbio, il Codice ha sollevato la condizione della donna nei suoi diritti *successori*, distruggendo gli ultimi vestigi della *agnazione*: l'ha equiparata ai maschi per le sue obbligazioni, cancellando la incapacità del *Vellejano*; e ne ha rialzato la dignità concedendole l'esercizio della patria potestà sui figli.

Ha conservato, è vero, l'autorizzazione maritale, non già per integrarne la *personalità giuridica*, ma come un omaggio alla autorità del marito, come un pegno della concordia, e della armonia tra i coniugi; ed ha procurato temperarne gli effetti, sia allargando i poteri della moglie nella amministrazione dei beni *parafernali (Art. 1427)*; sia escludendo la necessità di tale autorizzazione nei casi di minorità, interdizione, e assenza del marito. *(Art. 135)*.

Cosicchè possiamo a buon diritto ripetere con un illustre scrittore francese, che anche in questa parte il nostro Codice risponde all'ultimo progresso dolla civilizzazione e della scienza (12.)

Delineata così a grandi tratti la condizione giuridica della Donna, quale l'ha creata il Codice civile, ci proponiamo svilupparne i *principj* sotto due aspetti: sotto quello che costituisce la di lei *personalità* propriamente detta relativamente alla *cittadinanza, al domicilio, all'assenza, al matrimonio, alla filiazione*, alla *patria potestà* ed agli *Ufficj tutelari*: sotto quello, che riguarda i suoi diritti *successori*, e le sue *obbligazioni* relativamente alla *eredità* del marito, al contratto *di matrimonio*, ed ai diversi *regimi* del medesimo.

Grave assunto invero per le nostre forze, ma non tale però che ci arresti dall'eseguirlo, confortati come siamo dalla speranza, che questo *Lavoro* possa, se non altro, riuscire di qualche utilità alle Donne italiane ponendole in grado di conoscere più facilmente quali siano i loro diritti, e i loro obblighi in materia civile.

(10.) *Edict. Rothar. 205.*

(11.) *Codice Sardo del 20 Giugno 1837. Art. 211. 942. 948. 1124. 2054.*
— Codice di Modena del 25 Ottobre 1851. Art. 911, e 2035. — Leggi Toscane del 18 Agosto 1814. Art. 6 e 7. — e del 15 Novembre 1814. Art. 1.

(12.) *Paul Gide — Etude sur la condition de la femme dans le droit ancien et modern — Paris 1867.*

PARTE PRIMA

DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA DELLE DONNE

TITOLO PRIMO

Della cittadinanza e del godimento dei diritti civili.

OSSERVAZIONI GENERALI

SOMMARIO

1. L'oggetto *generale* delle leggi *civili o private* si è di regolare i rapporti individuali e reciproci, assegnando a ciascuno i suoi diritti quanto alla proprietà. — Le *persone* e le *cose* ne sono l'oggetto particolare, con questo, che le *cose* vi figurano come un accessorio, perchè tanto nell'ordine naturale, quanto nell'ordine civile non esistono se non per il vantaggio delle persone (1). — La legge Civile (diceva un illustre Giureconsulto italiano) raccoglie l'uomo al suo nascere, lo accompagna e lo guida in tutti gli atti della vita, gli segna i doveri di cittadino, di figlio, di sposo e di padre, ne riceve le ultime volontà, e va infine ad assidersi custode pietosa del suo sepolcro. (2).

2. Per *godere* però dei diritti, che le leggi civili sanzionano o attribuiscono all' individuo, bisogna che questi riunisca in se certe *qualità* o *condizioni*, che secondo il linguaggio della scienza, costituiscono la di lui *personalita*, che è quanto dire l' *abilità*, la *idoneità* ad avere il *godimento* di questo o quel diritto.

3. Ogni cittadino italiano gode dei diritti civili, nè può decaderne che in forza di condanna penale (*Cod. civ. art.* 1). Quindi le donne, come gli uomini, i minori come i maggiori, sono chiamati al godimento di questi diritti.

Per altro non bisogna confondere il *godimento* con l'*esercizio*. — Il *godimento* è la *investitura*, è l'attribuzione dei diritti civili, l'*esercizio* n' è l'attuazione, la pratica.

Per modo di esempio, le donne maritate *godono* dei diritti civili inquantochè ne hanno la investitura e l'attribuzione, ma non possono *esercitarli* pienamente perchè sottoposte alla autorità del marito. — Lo stesso si è dei minori; hanno il godimento dei diritti civili, ma non possono esercitarli perchè sottoposti alla autorità *paterna*, o alla autorità *tutoria*.

4. Il godimento dei diritti civili è at-

(1.) « Omne jus, personarum causa constitutum est ».
Leg. 2 ff. de stat. homin.

(2.) *Vedi Relazione della Commissione Senatoria sul primo libro del progetto del Codice Civile.*

tribuito dal nostro Codice non solo ai cittadini, ma anche agli stranieri. (*Art.* 3.) — La proclamazione di questo principio segna veramente un progresso nella scienza delle leggi, perchè è un omaggio a quello di solidarietà tra i popoli, ed è conforme alla gran legge cristiana, che dice fratelli tutti gli uomini (3).

5. Presso tutte le Nazioni civili si è ammessa finora la condizione della *reciprocità*, cioè di accordaro agli *stranieri* il godimento degli stessi diritti, che i *nazionali* fossero ammessi a godere negli *Stati esteri*.

L'*Art.* 11 del Codice civile francese accorda agli stranieri il godimento dei diritti civili non per il principio della *reciprocità* pura e semplice, ma per la *reciprocità diplomatica*, cioè in forza dei trattati stabiliti in proposito coi paesi esteri.

Non ostante questa espressa disposizione di Legge, non sono mancati scrittori e decisioni di Tribunali, che hanno cercato modificarne le conseguenze. Infatti essi distinguono le facoltà che derivano dal *diritto naturale*, o delle *genti*, da quelle che non derivano che dal *diritto civile*, ed accordano allo straniero l'esercizio dei diritti della prima specie, anche nella mancanza di qualunque concessione speciale, e non gli rifiutano che i diritti della seconda specie (4).

Anche i Codici vigenti nelle diverse province italiane, prima della unificazione legislativa, subordinavano il godimento dei diritti civili nello straniero alla condizione della *reciprocità*. (5.) Solo in Toscana si era fatto un passo innanzi colla legge dell'11 Dicembre 1835 disponendosi che gli stranieri, senza riguardo al principio della *reciprocità* potessero succedere nelle eredità testate, ed intestate, ed acquistare ancora a titolo lucrativo alla pari dei Toscani.

6. La *cittadinanza* è la causa da cui deriva il godimento dei diritti civili, ed è la fonte dei diritti *politici*. — Tutti gli Italiani hanno la qualità di *cittadini* senza distinzione di sesso (6.) — Ma le donne non hanno l'esercizio dei diritti *politici*, perchè ne sono escluse da leggi *speciali*, perlochè la qualità di cittadine non conferisce loro che il godimento dei diritti meramente civili.

7. Premesse queste generali avvertenze dobbiamo vedere come si acquista, e come si perde la cittadinanza, esaminando ciò che vi ha di speciale in questa materia relativamente al nostro assunto.

CAPITOLO PRIMO

Come si acquista la Cittadinanza.

—

SOMMARIO

8. Modi coi quali si acquista la cittadinanza.
9. Nazionalità jure sanguinis e jure soli — Sistema adottato dal Codice.
10. E' cittadino il figlio nato da padre cittadino.
11. 12. 13. 14. Quid se nato da unione illegittima?
15. Figli di genitori incogniti.
16. Anche il luogo della nascita può accidentalmente attribuire la cittadinanza.
17. 18. 19. 20. 21. 22. Ipotesi contemplate in proposito dalla Legge.
23. Il matrimonio è altro dei modi per acquistare la cittadinanza.
24. Matrimonio nullo.
25. Straniera vedova di un cittadino.
26. Conserva la cittadinanza benchè porti il suo domicilio fuori del Regno.
27. Naturalità — sue distinzioni.
28. Disposizioni del Codice a ciò relative.

(3.) *Relazione della Commissione del Senato sul progetto del Codice Civile.*

(4.) *Troplong. De la prescript. Tom. 1 n.° 35. — Cass. 22 Nov. 1825 Sander Lotzbach. c. Dugied.*

(5.) *Vedi Cod Austr. Art. 33. « Cod. Napoletan. Art. 9. — Cod. Parmense Art. 32. — Cod. Sardo Art. 26. — Cod. Estens Art. 33.*

(6.) *Arg. Cod. civ Art. 7. 11.*

29. Condizioni richieste perchè abbia il suo effetto il decreto di naturalizzazione.
30. 31. 32. Effetti della naturalizzazione.
33. Se la straniera innupta o vedova possa ottenere la naturalità italiana.

8. I modi dell' acquisto della cittadinanza sono: 1.° La condizione dei genitori; 2.° Il luogo della nascita; 3.° Il matrimonio; 4.° La concessione della *naturalità*.

I.

9. Gli antichi, e fra questi i Romani, non desumevano la cittadinanza che dalla origine (7.).

Nel medio evo si adottò il sistema contrario, desumendosi la *cittadinanza*, o come dicevasi allora la *sudditanza*, dalla sola *nascita*.

Ma il principio vero, e grande dominatore di questa materia, come diceva l'onorevole Deputato Mancini, è quello di *nazionalità*. L'uomo nasce membro di una famiglia, e la nazione essendo un aggregato di famiglie, egli è cittadino di quella nazione a cui appartengono il padre suo, la sua famiglia; il luogo dove si nasce, quello dove si ha domicilio o dimora non hanno valore ne significato (8.).

Il Codice nostro ha operato una specie di transazione tra il sistema Romano della nazionalità *jure sanguinis*, ed il sistema feudale della nazionalità *jure soli*, desumendo principalmente la cittadinanza di un individuo dalla *condizione* dei genitori, ed *accidentalmente* anche dal luogo della nascita.

10. L'*Articolo* 4 senza riguardo al luogo della nascita, dichiara cittadino il figlio nato da padre italiano « *E cittadino il figlio nato da padre cittadino.* »

Non vi sono difficoltà se il figlio è nato da un legittimo matrimonio. — Egli segue la origine, e la condizione del padre suo, poichè il padre è difatti il capo della famiglia, esercita la patria potestà sù di lui, gli trasmette il proprio nome per perpetuarlo; deve quindi trasmettergli anche la sua nazionalità. È questo un principio tanto vero quanto antico « Cum legitime nuptie facte sunt patrem liberi sequuntur » *Leg.* 19 *ff. de stat. homin.*

11. Ma se si tratta di figlio nato da una unione illegittima non può adottarsi la stessa conclusione, e conviene distinguere tre ipotesi: 1.° se è stato riconosciuto da ambidue i genitori; 2.° o dal padre soltanto; 3.° o solamente dalla madre.

12. Il figlio è stato riconosciuto dal padre, o dalla madre; il padre è italiano, la madre straniera, o viceversa la madre è italiana, il padre straniero. Quale sarà il riconoscimento, che ha la sua prevalenza...? Quale nazionalità acquisterà il figlio..?

Sono sorti in proposito diversi sistemi.

Alcuni determinano sempre la nazionalità del figlio da quella della madre.

Altri accordano a qusto figlio la scelta fra la nazionalità di suo padre, e quella di sua madre secondo il proprio interesse.

Vi sono infine coloro che opinano, che il figlio, per regola generale, deve seguire la nazionalità di suo padre (9.)

Questa ultima opinione è quella, che se non esplicitamente, implicitamente al certo troviamo sanzionata nell' Art. 185 del nostro Codice « Il figlio naturale assume il nome di famiglia del genitore che lo ha riconosciuto, o quello del padre se è stato riconosciuto da ambidue i genitori. » — E la ragione ne è evidente; se nel concorso di due riconoscimenti è il nome di famiglia del padre che il figlio assume, deve ugualmente prevalere la di lui nazionalità.

13. Il figlio è stato riconosciuto soltanto dal padre. — Senza dubbio segue

---

(7.) *Leg. 6 § 1 ff. ad Municipal. et de incol. — Leg. 3 Cod. de municip. et originar.*

(8.) Discussione alla Camera elettiva — *Tornata 17 Febbrajo 1865.*

(9.) *Demolomb. cours. de Cod. Nap. — De la puissance, des droits civils. n.° 149.*

a di lui nazionalità, cio è cittadino se il padre è tale, è straniero se il padre è straniero.

14. Il figlio è riconosciuto soltanto dalla madre. — Anche in questa ipotesi non vi sono difficoltà; sarà Italiano se la madre è Italiana, straniero se la madre è straniera È una conseguenza logica del principio stabilito nel rammentato *Art.* 185, » il figlio naturale assume » il nome di famiglia del genitore, che » lo ha riconosciuto. »

15. Fin qui dei figli *naturali* di cui siano noti ambo i genitori. — Quando il padre sia *ignoto* è cittadino il figlio nato da madre cittadina *(Art 7.)* Anche qui si ha riguardo alla origine, alla condizione dei genitori. Ciò è conforme ai principii, — il figlio di padre ignoto segue la condizione della madre (10.)

II.

16. Si è detto *(N. 9)* che la legge desume principalmente la cittadinanza dalla *origine*, e condizione dei genitori, *accidentalmente* dal luogo della nascita. E diciamo *accidentalmente* perchè non viene attribuita la qualità di cittadino pel fatto della nascita in *modo assoluto*, ma piuttosto in via di presunzione.

La legge contempla in proposito tre casi.

1.° Dei figli di coloro, che abbiano perduto la cittadinanza prima del loro nascimento *(Art. 5 6 7.)*

2.° Dei figli di genitori incogniti.

3.° Dei figli dello straniero che abbia fissato il suo domicilio nel regno *(Art. 8)*.

17. Dispongono gli Articoli 5 6 e 7. — Che i figli di genitori, che hanno perduto la nazionalità italiana prima del loro nascimento sono reputati cittadini se siano nati nel regno, o vi abbiano la loro residenza, sono reputati stranieri se nati in paese estero.

La ragione di tali disposizioni sta in questo, che la nascita nel regno unita all'elemento della residenza, ed alla ragione della famiglia, ossia del *sangue*, cancella pel figlio di colui, che ha perduto la cittadinanza, l'effetto di questa perdita, di pieno diritto, e fino a dichiarazione contraria.

Ma questi stessi elementi della nascita, e della residenza nel regno sono condizioni sostanziali, indispensabili, perchè possa reputarsi cittadino il figlio nato da genitori, che hanno perduto la *nazionalità* italiana. Di questo non è luogo a dubbio avuto riguardo al chiaro disposto del detto *Art.* 5. » ove sia nato nel Re» gno, e vi abbia la sua residenza. » Dal che ne consegue inoltre, che per determinare la nazionalità del figlio non può prendersi altro punto di partenza, che il *momento* del suo nascimento.

18. L'attribuzione, o la esclusione nel figlio della cittadinanza non riposa che su di una presunzione. La Legge reputa cittadino, o respettivamente straniero il figlio nato nel regno o all'estero, inquantochè dal fatto della nascita presuppone la volontà dei genitori, che il figlio acquisti o no la cittadinanza italiana.

Questa presunzione per altro in cosa di tanta importanza, quale è la scelta di una patria, deve cedere ad una dichiarazione contraria delle persone interessate. Viene quindi stabilito. — he il figlio nato nel regno, può, entro l'anno della età maggiore, eleggere la qualità di straniero facendone la dichiarazione davanti l'uffiziale dello Stato civile della sua residenza, o se si trovi in paese estero davanti i regi agenti diplomatici o consolari *(Art. 5 capoverso)*. — Che ugualmente il figlio nato in paese estero può eleggere la qualità di cittadino italiano, purchè ne faccia la relativa dichiarazione, e fissi nel regno il suo domicilio entro l'anno dalla fatta dichiarazione *(Art. 6° 1. capoverso)*.

Però sarà reputato senz'altro cittadino — se abbia accettato un impiego pub-

---

(10.) *Leg. 24 — Legge 19 ff. de* stat. homin — vulgoquesitus matrem sequitur.

blico nel regno — o abbia servito o serva nell'armata nazionale di terra o di mare — o altrimenti abbia soddisfatto alla leva militare senza invocarne esenzione *(Art. 6, 2.° capoverso)*, perchè questi fatti dimostrano chiaramente la sua volontà, ed equivalgono alla dichiarazione prescritta dalla legge.

19. Altro caso dell'acquisto della cittadinanza, per il luogo della nascita, si è quello dell'individuo nato da padre e madre incogniti.

Dice l'*Art.* 7. » Se neppure la madre è » conosciuta, è cittadino il figlio nato nel » regno. » E rettamente si è così stabilito, perchè nel dubbio la presunzione deve essere per la nazionalità italiana, — perchè questo individuo ha a suo favore il *possesso di stato*, vale a dire il più possente di tutti i titoli, specialmente in materia di nazionalità.

20. Il terzo caso finalmente contemplato dall'*Art.* 8, è quello del figlio nato nel regno da *straniero*.

Anche qui la legge tenendo conto del luogo della nascita, e della intenzione presunta del genitore, reputa *cittadino* il figlio nato nel regno da straniero fino a dichiarazione contraria. Ma all'effetto che questa presunzione abbia la sua efficacia richiede che lo straniero da dieci anni non interrotti abbia fissato il suo domicilio nel regno.

Questa condizione è cosa *essenziale, sostanziale* nel pensiero della legge, perchè senza il fatto materiale del domicilio, non essendovi d'altronde la ragione della *origine* o del *sangue*, verrebbe a mancare l'unico fondamento dal quale poter dedurrè la presunta volontà del genitore.

21. Anche l'attribuzione della cittadinanza al figlio dello straniero riposa su di una presunzione. La dichiarazione contraria deve bastare a distruggerla. Stabilisce quindi l'*Art.* 8, che il figlio dello straniero entro l'anno dalla età maggiore può eleggere la qualità di straniero facendone la opportuna dichiarazione. — Nè a questo si arresta la Legge. Volendo, coerentomente al principio proclamato nell'*Art.* 3, favorire gli stranieri, ha stabilito, che ove il domicilio del genitore non raggiunga il lasso di tempo di dieci anni, possa il figlio di lui eleggere la qualità di cittadino italiano, facendone, anche in questo caso, la relativa dichiarazione *(Art. 6 1.° cap. art. 8 2.° capov.)*

22. Ma il figlio naturale nato nel regno da donna straniera, che vi abbia fissato il domicilio da dieci anni non interrotti, avrà la qualità di cittadino? Senza dubbio, perchè l'*Art.* 8 parlando — di figlio nato nel regno da straniero — non fa distinzione di *sesso*, ne di *legittimità*; e se il figlio naturale di madre cittadina è cittadino *(Art. 7)* non saprebbe trovarsi ragione per negare questa qualità al figlio *naturale* della straniera, che ha a suo favore la condizione del domicilio prescritto dalla legge.

III.

23. Il matrimonio è altro dei modi per cui può acquistarsi la cittadinanza.

Stabilisce l'*Art.* 9, » La donna stra- » niera che si marita ad un cittadino ac- » quista la cittadinanza, e la conserva » anche vedova. »

Tale disposizione è razionale e giusta. La donna, col matrimonio, segue la condizione del marito, ne assume il nome, confonde, in una parola, il suo destino con quello di lui, quindi deve ugualmente associarsi alla nazionalità del medesimo, poichè sarebbe illogico, e pericoloso per l'ordine delle famiglie, che tra i coniugi non vi fosse comunanza di patria.

Ciò è conforme inoltre agli antichi principii di diritto » Itom rescripserunt, » mulierem quamdiu nupta est, incolam » ejusdem civitatis videri, cujus maritus » ejus est. » *Leg.* 38 § 3 *ff. ad municipal: et de incol.* (11).

(11.) Vedi anche la *Legge 9. Cod. de incolis. et ibi.*

24. Ma cosa dovrà dirsi quando il matrimonio sia stato dichiarato nullo?.... — La straniera acquisterà allora la cittadinanza?......

È certo, che il matrimonio contratto in buona fede, e dichiarato quindi nullo, produce gli effetti civili a riguardo di ambidue i coniugi, o di uno di loro se ambidue, o uno soltanto lo contrassero in buona fede (*Art.* 116.) — Ora l'*Art.* 9, colle espressioni — donna straniera, che si marita ad un cittadino — contempla il vero matrimonio, o si riferisce ancora al matrimonio *putativo* contemplato dall'*Art.* 116....?

Noi pensiamo, che la legge attribuisca la cittadinanza alla donna straniera allorchè esiste un vero matrimonio. Un matrimonio *putativo* non può produrre per la donna, che gli effetti meramente civili. La cittadinanza non produce semplicemente dei diritti civili, ma produce diritti, e doveri maggiori, ed appartiene ad un ordine di idee superiore a quello, che concerne i semplici rapporti di privato interesse, in guisa chè non altrimenti può acquistarsi, salvo quando concorrono realmente, e non per semplice finzione, le condizioni tassativamente prescritte dalla legge.

Il sistema del nostro Codice, che accorda semplicemente agli stranieri il godimento dei diritti civili, dimostra chiaramente la differenza, che passa tra l'esercizio di questi diritti, e quello di quei maggiori, ai quali apre l'adito la qualità di cittadino (12).

25. Non solo la straniera, che si marita ad un cittadino acquista la cittadinanza del marito, ma la conserva anche divenuta vedova. — La nazionalità una volta acquistata non si può perdere, che per alcuna delle cause determinate dalla legge (13). Infatti l'attribuzione della cittadinanza alla straniera, se ha per causa il matrimoniò, è però un benefizio che si immedesima con lei. La morte del marito scioglie, è vero, il matrimonio, ma ne lascia continuare gli effetti, per esempio, la potestà sui figli. Ora la cittadinanza non è che un effetto del matrimonio, che persevera nel coniuge superstite fino a che non si verifichi alcuna delle cause determinate dalla legge.

26. Il citato Articolo 9 dichiara che la straniera divenuta vedova conserva la cittadinanza del marito.

Il *progetto ministeriale (Art.* 10), ed il *progetto* della Commissione Senatoria (*Art.* 12) subordinavano la continuazione della cittadinanza nella vedova alla condizione, che essa tenesse il suo domicilio nel regno.

Il detto *Articolo* 9, tace affatto su ciò; onde deve ritenersi, che la straniera conservi la cittadinanza, ancorchè porti il suo domicilio fuori del Regno. — Ed infatti tolto l' obbligo della *residenza* in quanto allo straniero pel godimento dei diritti civili, doveva trattarsi alla pari la vedova di un cittadino. Nè con questo viene a menomarsi in verun modo la libertà della donna continuando a riputarla cittadina, benchè divenuta vedova rechi altrove il suo domicilio, perchè essa può sempre rinunziare alla cittadinanza se non intende di ritenerla (14).

IV.

27. Ultimo modo di acquistar la cittadinanza è la *naturalizzazione*.

Si chiama *naturalizzazione* l'atto col quale uno straniero acquista la cittadinanza, ed i diritti, che vi sono inerenti.

Nei paesi costituzionali si è distinto la *grande* dalla *semplice naturalizzazione*, conforendo la prima la pienezza dei diritti politici, la seconda la pienezza dei

(12) *Codice civ. espost. da Astengo ed altri Lib. 1. Art. 9.*

(13.) *Leg. 22. § 1. ff. ad Municip. et de incol.*

(14). *Processi verbal. della Commis. coordinatrice del Cod. civ. pag. 30.*

diritti civili, e la parte dei diritti politici non compresi nella *grande naturalizzazione*.

28. Dispone l'*Art.* 10, del nostro Codice. » La cittadinanza si acquista dallo » straniero, anche colla naturalità con- » cessa per legge, o per decreto reale. »

Se si dovesse aver riguardo al senso *grammaticale* di questo *articolo* potrebbe forse supporsi, che la *naturalità* ottenuta in un modo o nell'altro porti a favore dello straniero l'acquisto della pienezza dei diritti *civili*, e *politici*. Però la menzione, che si fa di *naturalità* concessa per legge, o per decreto reale fa ben comprendere, che la mente del legislatore è stata quella di mantenere la distinzione di *grande naturalizzazione*, e *semplice naralizzazione*.

A convincersene basta tener dietro alle *fasi storiche* del detto *Articolo*.

Il *Progetto ministeriale (Art.* 11) disponeva semplicemente che » La cittadi- » nanza si acquista dallo straniero anche » per decroto reale. » — La Commissione Senatoria modificò tale disposizione, e nel relativo *Progetto (Art.* 13) statuì, che « La » cittadinanza si acquista dallo straniero » anche colla naturalità concessa per leg- » ge o per decreto reale. » E scendendo » a spiegare tale concetto dichiarò — ivi — » Se la naturalità è conferita per decreto » reale, la cittadinanza attribuisce sol- « tanto quei diritti politici, che non sono « da speciale disposizione riservati a chi » abbia ottenuta la naturalità per legge. »

I redattori del menzionato *Articolo* 10 adottarono il concetto dolla Commissione Senatoria distinguendo la *naturalità* ottenuta per *legge* da quella concessa per *decreto reale*, e solo omisero di determinare gli effetti della *naturalità* ottenuta nel secondo modo. Ma adottando la *distinzione* vennero a riferirsi implicitamente ai principii vigenti in materia in ordine agli effetti delle duc *naturalità*, coordinando così la disposizione di quell'*Articolo* con le leggi speciali già vigenti nel Regno.

Infatti per lo *Statuto Costituzionale (Art.* 40) nessun Deputato può essere ammesso alla Camera se non è *suddito del Re*, e non gode dei diritti *civili* e *politici*.

Di più la legge elettorale del 20 Novembre 1859, dispone — cho non possono essere elettori se non coloro, che per nascita o per origine godono dei diritti *civili* e *politici* — che quelli che non hanno tali qualità, purchè italiani, possono partecipare alla qualità di *elettori* a condizione che abbiano ottenuto la *naturalità* per Decreto Reale, e prestato giuramento di fedeltà al Re. — cho i non Italiani possono solo entrare nel novero degli *elettori* ottenendo la *naturalità* per *legge*.

Si può quindi concludere, che la naturalità concessa per *legge*, ossia la *grande naturalizzazione*, conferisce allo straniero l'esercizio pieno ed intiero dei diritti *civili* o *politici*, e quindi anche quelli dell'*elettorato* nei comizj politici. — Che la naturalità concessa per decreto *Reale*, oltre la pienezza dei diritti *civili*, conferisce, meno l'*elettoroto*, gli altri diritti politici, come, di esercitare le funzioni di *giurato* — di coprire i pubblici impieghi — di figurare come testimone istrumentale negli *atti* ricevuti da pubblici Ufficiali.

29. Perchè il Decreto Reale che concede la *naturalità* abbia la sua efficacia devono adempiersi le seguenti condizioni: 1.° Che sia registrato dall'Uffizialo dello *stato civile* del luogo dove lo straniero intendo fissare o ha fissato il suo domicilio; 2.° Cho lo straniero naturalizzato presti giuramento davanti lo stesso Uffizialo di essere fedele al Re, e di osservare lo Statuto, e le leggi del Regno; 3.° Che la registrazione sia fatta (sotto pena di decadenza) entro sei mesi della data del decreto (15).

30. Gli effetti della *naturalizzazione* sono esclusivamento personali a chi l'ha ottenuta?..... — Uno straniero ammogliato, e padre di figli minori ottiene la *na-*

(15.) *Cod civ. Art. 10. 1. e 2. capoverso.*

turalità italiana, la sua moglie, ed i suoi figli divengono cittadini italiani ?.... — All'incontro un italiano ottiene la naturalizzazione in paese straniero; la sua moglie, ed i suoi figli divengono stranieri ?....

Queste questioni hanno formato subietto di ardente controversia tra gli scrittori francesi.

Si è ritenuto da alcuni, che la moglie deve, in tutti i casi, seguire la nazionalità del marito.

Altri hanno sostenuto il contrario, rilevando in quanto alla moglie — che se col fatto del matrimonio la nazionalità del marito diviene quella della moglie, si è perchè vi concorre la volontà di lei, inquantochè consente a questo cambiamento nel tempo stesso, che al matrimonio, ma che in seguito la sola volontà del marito non può altrimenti spogliarla di una qualità essenzialmente personale.

Ed in quanto ai figli osservano, che la nazionalità è una qualità personale, una parte essenziale dello *stato* dei figli. È la legge, che loro la conferisce, nè dà ad alcun rappresentante il potere di alienarla in loro nome: è soltanto alla età maggiore, e per una manifestazione libera e personale della loro volontà, che essi stessi possono abdicarla (16).

31. Il Codice ha risoluto queste questioni, poichè agli *Articoli* 10 e 11 ha stabilito. — Che la moglie, ed i figli minori dello straniero, che ha ottenuto la cittadinanza divengono cittadini. — Che la moglie ed i figli minori dell'italiano, che ha ottenuto la cittadinanza in paese estero divengono stranieri.

Non sappiamo per altro se questa *risoluzione* sia la più conforme ai dettami della ragione. Perchè la volontà del marito, o del padre dovrà essere sovrana, obbligando la moglie, ed i figli ad immutare quella nazionalità, che l'origine, storiche tradizioni e carità di patria possono rendere ad essi oltremodo preziosa ?...

(16.) *Demolomb. n.° 175.*

» È impossibile *(diceva l'illustre Mancini)*
» che il sentimento di famiglia possa
» spingersi sino al punto di sopprimere
» la più innocente, e virtuosa delle li-
» bertà; quella di rimanere quali nacque-
» ro, quella di conservare indissolubile
» il vincolo di cuore, e di affetto, che
» unisce il cittadino alla patria (17). »

Riguardando però la questione in un senso più pratico, non mancano certamente argomenti per ritenere la convenienza della disposizione sancita dai detti *Articoli* 10 e 11. — Infatti l'unità della costituzione della famiglia non consente, che tra il marito e la moglie, tra il padre ed i figli minori esista differenza di cittadinanza. Sarebbe un *dualismo*, che altererebbe i rapporti giuridici della famiglia, e l'autorità del marito troverebbesi in balia di due *legislazioni* diverse. Qual legge infatti dovrebbe applicarsi, trattandosi di determinare i diritti, e i doveri dei coniugi, i diritti e gli obblighi del padre e del figlio ?.... (18)

32. Per la immutazione della nazionalità a riguardo della moglie, e dei figli, la legge non si è contentata di una semplice presunzione, ma ha voluto un fatto certo e positivo, da cui poter desumere, che il cambiamento fatto dal padre si è voluto dal medesimo anche a riguardo della moglie, e dei figli. Perciò ha stabilito che la moglie, ed i figli minori dello straniero, che ha ottenuto la naturalità Italiana, divengano cittadini, se anche essi abbiano fissato la loro residenza nel Regno *(Art. 10 3.° capoverso)* — che la moglie, ed i figli minori dell'Italiano che ha perduto la cittadinanza, non divengono stranieri se hanno continuato a tenere la loro residenza nel regno *(Art. 11 1.° capoverso)*.

Inoltre, siccome l'autorità paterna non

(17.) *Discussione parlamentare Tornata del 17 Febbraio 1865.*

(18.) *Relazione del Governo sul progetto del Cod. Civ. — Tornata del Senato del 15 Luglio 1863.*

può avere efficacia al di là dolla età minore del figlio, è stato pure stabilito, che i figli dello straniero naturalizzato, pervenuti alla maggiorità, possano sceglierο la qualità di stranieri facendone la dichiarazione davanti l'uffiziale dello *stato civile* dolla loro residenza, o se si trovino all'estero, davanti i regi agenti diplomatici, o consolari (19).

33. Si è parlato della donna moglie di uno straniero. Ma la donna straniera innutta, o vedova può domandare ed ottenere la naturalizzazione italiana?

Crediamo che si, perchè l'*Art.* 10 non fa distinzione *di sesso*. Però siccome la legge esclude le donne dall'esercizio dei *diritti politici*, così la naturalizzazione che ottenga la straniera non lo conferirà l'esercizio di questi diritti, ma le arrecherà sempre una utilità attribuendole la qualità di cittadina. D'altronde in tal modo i figli, che potesse avere fuori del matrimonio, essendo incognito il padre, sarebbero cittadini Italiani poichè seguirebbero la condizione della madre loro (*Art.* 7).

CAPITOLO SECONDO

Come si perde, o si riacquista la cittadinanza.

—

SOMMARIO.

34. 35. Modi per i quali si perde la cittadinanza.
36. RENUNZIA.
37. Renunzia espressa.
38. 39. Renunzia tacita.
40. MATRIMONIO.
40. bis. La donna italiana che si marita ad uno straniero quando perda la cittadinanza.
41. Se la perda continuando a dimorare nel Regno.
42. Se la perda quando il matrimonio sia stato dichiarato nullo.
43. Quid se la donna è minore.
44. 45. Riacquisto della cittadinanza.
46. 47. Relativamente alla vedova di colui, che ha perduto la cittadinanza.
48. Relativamente alla donna italiana vedova di uno straniero.
49. Se la donna recuperi la cittadinanza per essere stato pronunziato il suo divorzio in paese estero.

34. È principio di diritto naturale, essere permesso ad ogni individuo abbandonare il suolo ove è nato, e dove non trova più il suo conto a dimorare, salvo per alcuni doveri di alto momento, e di generale vantaggio pel paese, ai quali non può sottrarsi abbandonando la patria, quale è l'obbligo della *leva*.

L'*Art.* 11 dispone, che si perde la cittadinanza: 1.° Da colui cho vi renunzia; 2° Da colui, che abbia ottenuto la cittadinanza in paese estero; 3.° Da colui, che senza permissione del governo abbia accettato impiego da un governo estero, o sia entrato al servizio di potenza estera.

Esaminiamo partitamente ciascuno di questi tre casi.

36. La *renunzia* è il modo principale per cui si perde la cittadinanza. Un prepotente bisogno, gravi infortuni, o la speranza di sorti migliori possono trarre un cittadino ad abbandonare la patria. Il rattenere per forza un cittadino era conseguenza del diritto feudale, che attaccava l'uomo alla terra. Ma una patria libera vuole liberi figli. È perciò, che il Codice informato a tali principii lascia piena facoltà al cittadino di abdicare alla propria nazionalità (20).

La renunzia può essere *espressa*, può essere *tacita*.

37. L'italiano, che vuole renunziare alla propria nazionalità non ha bisogno di richiedere il consenso del Governo: basta che ne faccia la opportuna dichiarazione davanti l'uffiziale dello Stato civile, e che trasferisca di fatto la sua residenza in paese estero. (*Art.* 11 *n.*° 1.)

38. I casi nei quali la legge presume avere il cittadino renunziato alla cittadinanza sono. — Quando abbia ottenuto la

(19.) *Cod. civ. Art. 10, 3.° capoverе. Art. 5.*

(20.) *Vedi la Relaz. del Governo e della Commissione Senatoria sul progetto del Codice Civile.*

cittadinanza in paese estero. — Quando senza permissione del governo abbia accettato impiego da un governo estero, o sia entrato al servizio militare di potenza estera *(Dett art. 11 n.° 2 e 3)*.

Non si può appartenere in fatto a due patrie. È questa la ragione per cui la legge, pel fatto della accettazione della cittadinanza straniera presume la renunzia alla cittadinanza italiana. Ma affinchè questa presunzione operi i suoi legali effetti bisogna, che la naturalizzazione o cittadinanza sia *volontaria, certa* ed *assoluta: volontaria* in quanto sia stata domandata; *certa ed assoluta* in quanto sia stata acquistata, le quali condizioni si compendiano nella parola *ottenuto* adoperata dal *n.°* 2 *Art.* 11, che sta ad indicare appunto e una precedente domanda, ed il suo conseguimento.

In difetto di ciò non si potrebbe indurre, per parte dell'Italiano, una tacita renunzia alla cittadinanza. Così, per modo di esempio, se un cittadino fa una domanda per conseguire la naturalizzazione estera, fino a che non l'abbia ottenuta, non si intende che abbia renunziato alla cittadinanza italiana, perchè vi può essere sempre luogo a pentimento.

Parimente la cittadinanza concessa da estera Potenza ad un italiano quando egli non l'abbia domandata, o la sola autorizzazione ottenuta di godere dei diritti civili in paese straniero non sarebbero fatti valevoli per indurre la renunzia, non verificandosi il concorso di ambedue le condizioni contemplate e volute dalla legge.

39. L'*Art.* 11 *n.°* 3 ritiene, che abbia renunziato tacitamente alla cittadinanza italiana » colui, che senza permissione del » Governo abbia accettato impiego da un » Governo estero, o sia entrato al ser- » vizio militare di potenza estera. »

L'italiano potrebbe così trovarsi tra due ordini di doveri differenti, e forse contrari, ed importa, che il governo verifichi se le di lui obbligazioni verso la patria sono compatibili con quelle delle *funzioni* conferitegli da un governo straniero. Ove intervenga la permissione del governo, cessano allora quei fatti di avero il carattere di una renunzia alla patria, e possono essere, come lo sono per lo più, un indizio contrario, provando la deferenza del cittadino verso il proprio governo, e la sua intenzione di continuare ad esservi soggetto (21).

Dice la legge — *impiego da Governo estero ; — impieghi* cioè governativi. Quindi l'esercizio di una professione libera, ed indipendente in paese straniero, come di Avvocato, medico, maestro non porterebbe la perdita della cittadinanza italiana. — Lo stesso dovrebbe dirsi di un impiego municipale ottenuto in paese straniero (22).

Il servizio militare di cui parla l'*Art.* 11 *n.°* 3 non è che il servizio regolare in un corpo disciplinato, ed a soldo del Governo, ne si estende a quel servizio momentaneo, e volontario, che un cittadino, in caso di urgenza, trovandosi all'estero, potesse prestare per la sicurezza pubblica o per respingere una invasione dal paese ove risiede, o nella *guardia nazionale*, o in un *corpo irregolare* (23).

40. Como il matrimonio è uno dei modi coi quali si acquista la cittadinanza così parimento è uno dei modi coi quali si può perdere.

40. *bis.* La donna italiana, che si è maritata ad uno straniero diviene straniera, perde cioè la cittadinanza *(Art. 14)*, poichè confondendo il suo destino con quello del marito viene ugualmente ad associarsi alla sua nazionalità.

Questo principio peraltro è subordinato da detto *Art.* 14 ad una condizione — ivi — » Sempreché col fatto del matrimonio » acquisti la cittadinanza del marito. » —

(21.) *Cod. civ. esp. da Astengo ed altri — Art. 11 n.°* 8.

(22.) *Montpellier 12 juillet 1826. Trauves. — Cod, Civ. espost. da Astengo Art. 11. n.° 8.*

(23.) *Ibid art. 11. n.° 12.*

Per lo che se le leggi del paese cui appartiene lo sposo non conferiscono alla donna la di lui nazionalità, essa conserva la cittadinanza di origine, cioè la cittadinanza italiana.

La ragione della disposizione, pare a noi, che posi tutta sù un principio di presunta volontà. Deve ritenersi, infatti, che la donna, consentendo al matrimonio con uno straniero intanto alieni la propria nazionalità in quanto intenda di acquistare non solo il nome e la condizione, ma ancora la cittadinanza del marito. Ove a ciò si opponga la legge del paese dello sposo non può ragionevolmente presumersi, che essa abbia voluto abdicare la nazionalità Italiana, e trovarsi così priva di qualunque patria.

41. Si è detto, che ove la donna acquisti la nazionalità del marito perde la cittadinanza Italiana. — Questa perdita avviene per opera della legge, *ipso jure*, e la qualità di straniera nella donna le viene impressa dal momento della celebrazione del matrimonio. Quindi se ancora gli sposi abitassero nel Regno, la moglie sarebbe sempre considerata come straniera.

42. Quando il matrimonio fosse dichiarato *nullo*, la donna non avrebbe cessato di essere italiana, perchè l'alienazione della sua nazionalità è virtualmente subordinata alla validità del matrimonio, che solo la produce » *nam quod nullum* » *est, nullum effectum producit.* » (24).

43. Se la donna è minore al momento del suo matrimonio con uno straniero, perde essa la cittadinanza Italiana?

Certamente — perchè la disposizione dell'*Art.* 14 è generale, nè fa distinzione di età — perchè il minore, in quello che concerne il matrimonio, e tutti i suoi effetti legali, è, generalmonte, capace come il maggiore quando sono state osservate le condizioni legali, per le quali la legge protegge la di lui inesperienza » habilis » ad nuptias, habilis ad matrimonii con» sequentias. » (25).

44. La facilità con la quale il nostro Codice permette di renunziare alla cittadinanza si estende ai modi di recuperarla.

Il cittadino, che ha perduto la cittadinanza, e che intende recuperarla, deve prima di ogni altra cosa renunziare alla cittadinanza straniera, all'impiego, o al servizio militare accettati in paese estero *(Art.* 13 *n.°* 2*)* — Deve quindi ottenere permissione speciale dal Governo di rientrare nel regno, e dichiarare avanti l'uffiziale dello stato civile di fissarvi (fissandolo realmente) entro l'anno il suo domicilio *(Dett. art. n.°* 1. *e* 3.*)*

Il ricupero della cittadinanza non ha effetto se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempite le suddette condizioni e formalità *(Art.* 15.*)*.

45. Queste condizioni sono suggerite tanto nell'interesse della sicurezza dello *Stato*, quanto per impedire, che venga turbato l'ordine delle famiglie. Quindi il Governo, potendo conoscere gli antecedenti e le mire segrete ed inoneste, che per avventura spingessero gli excittadini al riacquisto della cittadinanza, non ne accorderebbe la permissione. — La condizione di dichiarare di voler fissare il domicilio nel regno, e stabilirvelo di fatto, è richiesta dalla necessità, che egli dia un arra della sua fedeltà alla patria, della quale fedeltà il suo passato può fare legittimamente dubitare i suoi concittadini (26).

46. Relativamente alle donne la legge contempla due casi. 1.° Della moglie di colui, che ha perduto la cittadinanza; 2.° Della vedova dello straniero.

47. La moglie di colui, che ha perduto la cittadinanza e che lo ha seguito nella sua nuova patria può, rimanendo vedova, riacquistare la cittadinanza rientrando nel regno, o dichiarando davanti

(24.) *Duranton. cours de droit francais Liv. 1. Tit. 1 n.° 187.*

(25.) *Demolomb. Op. cit n.° 181.*

(26) *Astengo Cod Civ. Art. 13.*

l'uffiziale dello Stato civile di volervi fissare il suo domicilio *(Art.* 11 3.° *capover. e art.* 14.*)*

Ma abbandonando il marito, e rientrando nel regno potrà la donna ricuperare la cittadinanza? Nò sicuramente. Il detto *Art.* 11 stabilisce, che la moglie può riacquistare la cittadinanza nei casi e modi espressi nell'*Art.* 14. — Ora questo *articolo* dispone, che la donna cittadina maritata ad uno straniero riacquista la cittadinanza *rimanendo vedova.* Quindi la vedovanza, ossia lo scioglimento del matrimonio è la condizione cui è subordinato il riacquisto. — Ed è logico e razionale. Accordando al marito la facoltà di alienare, direm così, la nazionalità della moglie, si volle mantenere l'unità della famiglia, e rispettare i rapporti giuridici nascenti dal matrimonio. Questa unità, questo rispetto ai vincoli di famiglia verrebbero meno, se abbandonando il marito, si dasse diritto alla moglie di riprendere la sua condizione di origine.

48. La donna cittadina, che si è maritata ad uno straniero rimasta vedova, recupera la cittadinanza italiana. *(Art.* 14*)*.

Questo *riacquisto* a favore della donna non si opera però *ipso jure* al momento della morte del marito. Occorrono dei *fatti*, che dimostrino la *volontà* di ricuperare la qualità *originaria.* È perciò che detto *articolo* subordina il recupero della cittadinanza alle condizioni, che la donna — risieda nel regno, o vi rientri. — dichiari tanto nell'uno, che nell'altro caso davanti l'uffiziale dello stato civile di volervi fissare il suo domicilio.

L'adempimento di queste due condizioni dev'essere *cumulativo.* La semplice residenza nel regno, al momento della morte del marito, non varrebbe alla donna per recuperare la qualità primitiva, se non facesse la richiesta dichiarazione.

49. Potrebbe la donna recuperare la cittadinanza, se il matrimonio fosse rimasto sciolto per esser stato pronunziato il suo divorzio in paese straniero?.... Si.... perchè il benefizio della legge è diretto principalmente alla donna rimasta libera, e le parole usate dal citato *Art.* 14 — *rimanendo vedova* — designano solamente, nel pensiero del legislatore, il modo il più generale dello scioglimento del matrimonio senza escludere per questo gli altri (27).

TITOLO SECONDO.

Del domicilio civile, e della residenza.

SOMMARIO.

50. *Come la dottrina sul domicilio si riattacchi colla capacità giuridica della persona.*
51. 52. *Necessità di determinare un luogo come domicilio della persona.*
53. *Il domicilio è politico e civile.*
54. *Effetti, che produce.*
55. *Il domicilio civile si divide in reale o generale, ed in elettivo, o speciale.*
56. *Come possa dimostrarsi la costituzione del domicilio.*
57. *Il domicilio può trasferirsi da un luogo all'altro — Condizioni.*
58. 59 *Chi non possa trasferire a suo piacere il proprio domicilio.*
60. 61. *Domicilio della donna maritata.*
62. *Se, col consenso del marito, possa avere un diverso domicilio.*
63. *Se lo possa avere in forza della separazione dei beni.*
64. 65. *Se lo possa avere pér la separazione personale.*
66. 67. *Quid nella pendenza del giudizio di separazione.*
68. *Domicilio della moglie nel caso di interdizione del marito.*
69. *Moglie commerciante.*
70. *La vedova conserva il domicilio del marito.*

50. La *dottrina* sul *domicilio* non può, generalmente parlando, sollevare che delle questioni di procedura: ma considerata nel suo principio, e nel suo fine è sotto molti riguardi una legge di *organizzazione,* inquantochè si riattacca, e si immedesima, direm cosi, coll'esercizio dei di-

(27.) *Demolomb. n.*° *170.*

ritti, e conseguentemente colla *capacità* giuridica di una persona.

Nostro proposito si è quello di trattare del domicilio delle donne *maritate*, poichè in rapporto a loro la legge modifica i principii generali. Ma male potrebbero valutarsi queste modificazioni senza averne presenti i principii *direttivi*. — È necessario quindi esporre in brevi parole le nozioni generali su questa materia.

51. La legge nello attribuire diritti, ed imporre doveri ai cittadini ha sentito il bisogno di determinare il *luogo* dove ciascuno esercita questi diritti, e deve adempiere questi doveri.

Sarebbero vane le *circoscrizioni territoriali* di uno Stato, se tali circoscrizioni non si componessero di un *aggregato* di persone, chiamate ad essere più specialmente governate nel *perimetro* di ciascuna di esse, ad esercitarvi certi diritti, a sopportarvi degli oneri, a riconoscere la competenza e la giurisdizione delle diverse autorità amministrative, o giudiziarie che vi sono instituite. Ora questa *aggregazione* è formata dal *domicilio*, dallo stabilimento, cioè, di ciascuno in un luogo determinato.

Non basta. — Nei rapporti numerosi, e frequenti, che esistono tra i *particolari* sarebbe domandare l'impossibile lo esigere, che nello commissioni da darsi, nelle notificazioni da eseguirsi, tutto fosse rimesso alla *persona*. Bisogna dunque determinare un luogo, che sia come la sede legale della persona, ove possa presumersi, che niente ignori di ciò che gli verrà ivi indirizzato, un luogo che la rappresenti in qualche modo a riguardo dei terzi. Ora questo *luogo* è il domicilio. (1)

52. La legge non ha che a constatare un fatto per riconoscere il *domicilio* di una persona, poichè ciascun uomo per i suoi istinti, per le influenze della famiglia, della proprietà, del lavoro, delle abitudini si riattacca ad un dato *luogo* col quale contrae una specie di legame, di relazione morale, una intimità.

Quindi il domicilio agli occhi del legislatore non è, propriamente parlando, il luogo *materiale*, ma è una cosa tutta ideale, una astrazione avente la sua origine unica nella legge. È in sostanza la relazione stabilita dalla legge tra la *persona* ed il *luogo* (2). — Per lo che la parola *domicilio* ha un doppio significato, l'uno puramente *legale* ed intellettuale, l'altro tutto *pratico* ed *usuale*.

Nel primo aspetto è il rapporto stabilito dalla legge tra una *persona* ed il *luogo*, ove vanno a convergere tutti i di lei interessi. — Nel secondo aspetto è il *luogo* stesso ove la persona ha fissato la sede dei suoi affari, il centro della sua esistenza sociale.

Su questo appunto si fonda la distinzione tra *domicilio* e *residenza*, che fa l'*Art.* 16 del nostro Codice. » Il *domicilio* civile » di una persona è nel luogo in cui essa » ha la sede principale dei propri affari, » ed interessi. — La *residenza* è nel luo» go in cui la persona ha la dimora abi» tuale. » (3).

53. Il domicilio è *politico* e *civile*. *Politico* quello che si riferisce all'esercizio dei diritti *politici*. — *Civile* quello che si riferisce all'esercizio dei diritti *civili*. E poichè il domicilio *civile* suole servir di base al *politico*, perciò la legge occupandosi soltanto del domicilio *civile*, somministra anche il fondamento di quello *politico*.

54. Il *domicilio* produce dei notabili effetti sotto il rapporto *civile*, ed anche al punto di vista *politico*.

1.° Il più importante di questi effetti

(1.) *Demolomb. Op. cit Tit.* 3 *n.° 338.*

(2.) *Marcadè Elem. de droit civ. franc. Tom.* 1. *sous le tit.* 3 *du Liv. 1, p. 278.*
Duranton cours de droit fran, Tom 1. n.° 351.

(3.) La definizione dell' *Art. 16* non fa che riprodurre il concetto del diritto Romano. Vedi le *Leg. 27 § 1 ff. ad municipal. Leg. 239. § 2. e 4 ff de verbor. signific.*

in materia civile è relativo alla *competenza*. Il magistrato nel circondario del quale una persona ha stabilito il suo domicilio è considerato come il giudice *naturale* di questa persona; o si comprende il vantaggio di difendersi davanti i magistrati da cui uno è conosciuto. (4).

2.° Il *luogo* dove si apre la successione è determinato dal domicilio del defunto *(Cod. civ. Art. 923)*, inquantochè nell'interesse di tutti, o per un fine di economia, e di celerità importa di centralizzare davanti un sol tribunale le *azioni* relative alla successione; perchè d'altronde si è al domicilio del defunto, che si trovano quasi sempre i documenti, i titoli attivi e passivi, tutti gli elementi infine necessarî per esaminare, e risolvere le difficoltà, che possono elevarsi in tali circostanze.

3.° È sui registri dello *stato civile* del *luogo* ove la persona è domiciliata, che devono generalmente essere inscritti gli atti, che concernono il suo stato *(Art. 368 371.)* — È davanti l'ufficiale dello *stato civile* del *domicilio* di una delle parti, che il matrimonio deve essere celebrato *(Art. 93.)*

4.° E per tacere di molti altri casi, è davanti il pretore del domicilio del minore, che deve essere costituito il consiglio di famiglia *(Art. 249.)*

55. Il domicilio civile è *reale* o *generale*, *elettivo* o *speciale*.

Il rammentato *Art.* 16 determina il domicilio di una persona « nel luogo in » cui essa ha la sede principale dei pro- » pri affari, ed interessi »; che è quanto dire nel *luogo* in cui ha fatto il centro delle sue affezioni, e delle sue abitudini; ove si è stabilito in una maniera permanente e durevole con la intenzione di rimanervi, di ritornarvi prima o poi allorchè se ne allontana; nel luogo infine ove è la sede della sua esistenza sociale « *rerum ac fortunarum suarum summam* » (5).

56. Ma quali saranno gl'indizj atti a dimostrare questa *sede* principale di affari, o di interessi, che nel senso della Legge costituisce il domicilio?....

È una questione tutta *relativa*, rimessa esclusivamente alla apprezzazione dei magistrati per stabilire la importanza e la forza di tutti gli elementi *costitutivi* il domicilio di ciascuno, avuto riguardo alla di lui posizione particolare, ed alle sue abitudini personali (6).

57. Il *domicilio* può trasferirsi da un luogo ad un altro; ma per ritenersi effettuato il cambiamento occorre il cumulativo concorso — del trasporto effettivo della residenza — della intenzione di fissare in altro luogo la sede principale dei propri affari *(Art. 17.)*

Trasporto effettivo della residenza, ossia della abitazione *reale*, che è quanto dire *presa di possesso* effettiva del nuovo *luogo*, poichè, come dice *Paolo* nella *legge* 20 *ff. ad municipal:* il domicilio si trasferisce « *re et facto, non nuda contestatione.* » Quindi non basterebbero a costituire questo trasferimento di *residenza* il trasporto dei mobili o i preparativi qualunque di installazione.

Intenzione di fissarvi la sede dei proprî affari; volontà cioè di rimanere in quel luogo in modo permanente, e durevole, e non già per un dato tempo, e precariamente.

La prova di questa intenzione deve resultare regolarmente da una dichiarazione espressa fatta all'uffizio dello stato civile del Comune, che si abbandona, e a quello del Comune nel quale si fissa il domicilio. — In mancanza di dichiarazione espressa la prova della intenzione dipende dalle circostanze nelle quali si è

(4.) *Cod. di proc. civ. art. 90.* — *Lo statuto costituzionale* del Regno stabilisce all'*Art. 61.* « Niuno può essere distolto dai suoi giudici « naturali. — Non potranno perciò essere creati « tribunali, o commissioni straordinarie ».

(5) Demolomb. n.° 344.

(6.) *Leg. 27 §. ff. ad municipal.*

fatta la scelta dell'abitazione, e che hanno accompagnato o seguito il trasferimento *(Art. 17 capov.)*

58. Ma ciascuno può a suo piacere fissare o trasportare altrove il proprio *domicilio?....*

Il diritto di avere o di scegliere un domicilio non appartiene che agli individui, che hanno la libera disposizione della loro persona. Coloro, che non possono esercitare i loro diritti, che dietro l'autorizzazione, o per mezzo di un protettore, o di un amministratore legale, devono avere lo stesso domicilio di lui.

Ciò è stabilito dall'*Art.* 18 ove si dispone; 1.° Che la moglie ha il domicilio del marito; 2.° Il minore non emancipato quello del padre, o della madre, o del tutore; 3.° Il maggiore interdetto quello del tutore.

59. Non dobbiamo occuparci cho del domicilio della donna *maritata*, perchè oggetto del nostro *lavoro*, come si è detto, si è quello di far conoscere ciò che vi ha di *speciale* in ordine ai diritti civili delle donne.

60. La donna maritata non ha altro domicilio che quello del marito. *(Art. 18)*. — Difatti dove è la sede principale dei propri affari ed interessi, se non è presso il di lei marito?.... — Dove deve essa avere la intenzione di dimorare sempre se non presso di lui o con lui?.... *(arg. art. 131)*. — Tale è la presunzione legale, esclusiva d'altronde di ogni prova contraria sia sopra il fatto, sia sopra l'intenzione; (7) presunzione, che tutta si fonda sulla *individuità* della vita, che il matrimonio impone ai coniugi.

Questo principio riceve il suo effetto dal momento stesso della celebrazione del matrimonio, e per il solo fatto di questa celebrazione. — Supponete, che una donna di Napoli sposi ivi un uomo domiciliato a Torino. Dal giorno della celebrazione del matrimonio il domicilio della donna è di pieno diritto trasportato a Torino, ed ancorchè la medesima morisse a Napoli, senza essere stata giammai a Torino, quivi si aprirebbe la di lei successione.

61. La disposizione dell'*Art.* 18, è assoluta. — La moglie benchè risieda in luogo diverso da quello del marito, ed ivi abbia tutte le apparenze di un domicilio, però il suo domicilio *legale* non cessa di essere quello *maritale*, perchè questa residenza distinta non può essere, che l'effetto di una specie di delitto per parte dolla moglie o di una tolleranza momontanea per parte del marito.

Lo stesso sarebbe a dirsi, se resistendo, e rifiutandosi di seguire il marito in paese straniero, cercasse crearsi un domicilio *particolare*, poichè ancho in questo caso il domicilio di lei sarebbe sempre quello del marito.

62. Neppure il consenso formale del marito potrebbe conferire alla donna il diritto di avere un altro domicilio. La *potestà maritale* posa sù di una legge d'ordine pubblico, è un diritto *inalienabile*, nè il marito potrebbe rinunziarvi *(Art. 1379.)*

Conseguentemente la donna sarebbe nel diritto di fare annullare gli *atti*, che le fossero stati trasmessi e notificati in altro luogo che al domicilio del marito (8). — Ed il marito stesso dovrebbe convenire la moglie al proprio domicilio, anche quando non vi risiedesse altrimenti (9).

63. Ma la separazione dei beni fra i coniugi può portare una limitazione alla regola stabilita nel rammentato *Articolo* 18?....

Nò, perchè la separazione dei beni lascia illesi tutti gli altri diritti, ed obblighi derivanti dal matrimonio, e conseguentemente anche l'obbligo, che ha la moglie di seguire il marito ovunque a questo piaccia di abitare (10).

(7.) *Demolomb. n. 357.*

(8.) *Merlin: Rep. v. domicile § 5. n.° 4.*

(9.) *Paris 16. Niv. anno XII. Bonithoz — Aix. 7. Maj 1809. B.*

(10.) *Arg. art. 1423 Cod. Civ. — Colmar 12 juill: 1806. Be tsch.*

64. Quello però, che non può produrre la *residenza* separata della moglie, il consenso del marito, la separazione dei beni, lo produce la separazione personale.

Dispone l' *Art.* 18 ivi. » La moglie » che non sia legalmente separata ha » il domicilio del marito; » dal che ne emerge che la moglie legalmente separata può scegliersi un domicilio diverso da quello del marito. — Avvenuta infatti la separazione non abbiamo più la *individuità* della vita, e sarebbe cosa singolare, che la moglie conservasse ancora il domicilio presso la casa del marito, dalla quale la pronunziata separazione la tiene lontana.

La disposizione chiara e precisa del nostro Codice è conforme a quanto insegnano gli antichi Scrittori (11) e toglie tutte le questioni che si sono elevate in proposito nella giurisprudenza Francese per il *disposto* troppo assoluto e generale dell'*art.* 108 del Codice Napoleone (12).

65. Perchè la donna possa scegliersi un domicilio distinto da quello del marito la separazione deve essere *legale,* cioè in forza di Sentenza che l'abbia pronunziata per alcuno dei motivi contemplati negli *art.* 150, 151, 152 del Codice, o che l'abbia omologata ed approvata se richiesta concordemente da ambidue i coniugi *(Art.* 158*)*.

66. Se la moglie non può scegliersi un domicilio fino a che non sia divenuta irretrattabile la sentenza che ha pronunziato la separazione, non vi è dubbio, che nella pendenza del relativo giudizio, essa non conservi il domicilio del marito.

Ma può accadere che siasi allontanata dalla casa maritale, o che sia stata provvisoriamente autorizzata a vivere separata dal marito (13). In queste ipotesi come dovrà regolarsi la notificazione degli atti che fossero diretti alla moglie?...

Secondo *Merlin (Quest. v.° mariage* § 6*)* ammesso il principio, che durante il giudizio di separazione il domicilio della moglie resta sempre presso quello del marito, questi può notificare al proprio domicilio (che è quello della moglie) tutti gli *atti* relativi al giudizio. — Questa opinione è stata accolta da qualche Tribunale ritenendosi, che l'appello interposto dal marito contro la sentenza, che pronunziò la separazione possa validamente notificarsi al proprio domicilio (che è rimasto il domicilio coniugale) senza che sia necessario notificarlo alla moglie al domicilio provvisoriamente assegnatole (14).

Altri tribunali al contrario hanno deciso, che gli atti debbano essere notificati al domicilio provvisorio della moglie (15).

Demolombe (Op. cit. n.° 358*)* distingue — se gli atti sono stati fatti a richiesta del marito — o a richiesta di un terzo.

Se gli atti sono stati fatti a richiesta del marito egli ritiene, che debbano essere notificati al domicilio provvisorio della moglie; 1.° Perchè sarebbe contrario alla equità di incaricare l'avversario della donna di ricevere egli stesso gli atti che dirige alla medesima; 2.° Perchè in quanto riguarda il *processo* di separazione ed i relativi rapporti giuridici dei coniugi, la residenza *provvisoria* della moglie debitamente autorizzata, deve tener luogo del domicilio *legale*.

Se gli atti poi sono stati fatti a richiesta di un terzo, opina l'illustre scrittore, che debbano esser notificati al domicilio del marito — perchè l'autorizzazione, che permette alla donna di risiedere provvisoriamente altrove è ad esso *estranea* — spesse volte non ne ha cognizione — ed anche perchè possono evitarsi collusioni tra marito e moglie all'oggetto di pregiudicare i terzi.

(11.) *Pothier Trait: du mariage n.° 522.*

(12.) *Vedi Demolomb. n.° 358.*

(13.) *Arg. art. 808 2.° capovers: Cod: di proc: civ:*

(14.) *Aix 15 avr. 1839. Giraud. Journal du palais Tom. 1. 1839. p. 62.*

(15.) *Nimes 13 Aout 1841. Guerin, Tom. 2, 1846. p. 166.*

67. Pare a noi, che nella prima della ipotesi configurate, cioè, che la moglie abbia, pendente il giudizio di separazione, abbandonato la casa maritale, debbano gli *atti* notificarsi al domicilio coniugale, o che siano fatti a richiesta del marito, o che siano fatti a richiesta dei terzi. — Infatti se il matrimonio impone ai coniugi l'obbligo reciproco della *coabitazione*, e la donna è tenuta a risiedere ove risiede il marito *(Art.* 130 131*)*, quest'obbligo non può rimanere eliminato dal fatto arbitrario della donna, nè può venire distrutta la presunzione della legge, che ritiene il domicilio *legale* della moglie presso del marito, perchè ivi è la sede principale dei di lei affari ed interessi. *(Art.* 16 18*)*.

Relativamente poi alla *seconda ipotesi*, di una residenza cioè debitamente autorizzata, gli argomenti addotti dal Sig. *Demolombe* dimostrano ad evidenza la giustizia della *teoria* dal medesimo propugnata. — Il *fatto legale* della autorizzazione provvisoria è operativa dei suoi giuridici effetti nei rapporti tra marito e moglie, ma di fronte ai terzi non può distruggere la *presunzione* della legge, che ritiene la moglie domiciliata presso del marito.

68. Altra limitazione al principio, che la moglie ha il domicilio del marito si verifica nel caso della *interdizione* del marito stesso.

La moglie è sua tutrice di diritto *(art.* 330*)* Ora siccome il *maggiore interdetto* ha il domicilio del tutore *(art.* 18*)*, così, per un rovesciamento della regola generale, il domicilio della moglie diviene il domicilio del marito (16).

Ma la donna può, dietro sua domanda, essere dispensata dalla tutela *(art.* 273 *n.°* 1*)*, ed altri essere nominato in tutoro del marito *(art.* 330 2.° *capov)*. In questo caso dove sarà il domicilio della moglie ?...

L'*Art.* 18 dichiara semplicemente, che il maggiore interdetto ha il domicilio del tutore. Dunque se la moglie ha il domicilio del marito, se il domicilio del marito è presse il tutore, il domicilio di questi diviene il domicilio della moglie (17).

È vero, che il tutore non potrebbe obbligare la donna a risiedere presso di lui, perchè non esercita alcun diritto inerente alla potestà maritale: ma anche risiedendo altrove il domicilio della donna sarebbe però sempre presso il tutore del marito, inquantochè la residenza non è una condizione necessaria del domicilio attribuito dalla legge a certe persone. D'altronde nessuna causa legale concede alla donna la capacità di crearsi per se stessa, e per se sola una *sede* principale di affari, e di interessi con i caratteri, e gli effetti del domicilio (18).

69. Altra eccezione, per ultimo, all'*art.* 18 potrebbe verificarsi quando la moglie avesse un commercio separato da quello del marito, poichè non le potrebbe essere impedito di avere un domicilio particolare per gli atti del suo commercio. Ciò sarebbe giustificato dalla buona fede, che deve presiedere al commercio, non che dalla rapidità colla quale hanno luogo ordinariamente le operazioni commerciali (19).

70. Il domicilio una volta acquistato si conserva fino a che non sia intervenuto un fatto, che ne induca il cambiamento. Su ciò si fonda la disposizione dell'Art. 18, che la donna divenuta vedova conserva il domicilio del marito, finchè non ne abbia acquistato un altro. » Vidua » mulier amissi mariti domicilium retinet.... sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur. » *Leg.* 22 § 1 *ff. ad Municip.*

(16.) *Duranton: n.° 366. — Demolomb. n.° 363.*

(17.) *Marcadè sous l' Art. 108. — Duranton n.° 366.*

(18.) *Demolomb. n. ° 363.*

(19.) *Delvin court: Tom. 1. p. 42. note 5.*

TITOLO TERZO.

Dell'Assenza

—

SOMMARIO

71. 72. — Teoria dell' assenza.
73. Divisione di questa materia.

71. Il Codice Italiano, trattando della materia della *assenza*, ha riprodotto, salve lievissime modificazioni, le *regole* stabilite dal Codice Napoleone, e conformemente a queste regole ha diviso lo stato di *assenza* in tre periodi. 1.° L'uno di assenza presunta *(art. 20)*; 2.° L'altro di *assenza dichiarata (art. 22)*; 3.° il terzo di *presunzione di morte (art. 36)*.

72. Il principio fondamentale su cui riposa tutta la teoria dell'assenza si è, che la legge non considera l'assente ne come vivo, ne come morto, e non vede in lui, che un uomo la cui esistenza o la morte sono ugualmente incerte.

Quindi nei primi anni, che seguono l'allontanamento dell'assente, o le sue notizie, la legge muove dalla presunzione della esistenza dell'assente, e le *regole* dettate in proposito dal codice tendono tutte alla conservazione del di lui patrimonio.

La presunzione di *assenza* si infievolisce agli occhi della legge dopo un certo numero di anni: questo tempo varia secondochè l'assente abbia o no lasciato un *procuratore*, perchè in quest'ultimo caso si può credere, che l'assente avesse egli stesso in mira un assenza più lunga, che nella ipotesi contraria. — Le persone presenti ed interessate, gli eredi ec. sono allora immessi in posseso del patrimonio di lui, ma provvisoriamante, a titolo di amministrazione, e dopo avere provocato ed ottenuto la dichiarazione di assenza.

Infine quando questo possesso provvisorio è durato molti anni, la legge reputa l'assente piuttosto morto che vivo. Gli interessati, e particolarmente gli immessi provvisionalmente in possesso possono farsi immettere nel *possesso definitivo*. — Tale immisione conferisce loro la *proprietà dei beni;* nondimeno l'assente, ed i suoi eredi hanno sempre il diritto di rivendicarli a condizione di riprenderli nello stato in cui si trovavano al momento del reclamo (1).

73. Questa materia dell'*assenza* può dividersi in due parti configurando due ipotesi. 1.° Che l'assente non sia coniugato, ne abbia figli minori; 2.° Che l'assente sia coniugato.

Questa seconda ipotesi è quella che attiene specialmente all'assunto del nostro *lavoro*, per cui dobbiamo conoscere ed esaminare i *principii* che regolano.

1.° Il matrimonio dell'assente.
2.° La di lui *successione*.
3.° Le sue convenzioni matrimoniali.
4.° I diritti su i suoi figli.

CAPITOLO PRIMO

Del matrimonio dell'assente, e dello stato del coniuge presente.

—

SOMMARIO.

74. Ciò, che caratterizza l'assenza.
75. Il coniuge presente non può contrarre un nuovo matrimonio.
76. 77. 78. Quid, se il matrimonio sia stato celebrato.
79. 80. Condizione giuridica della moglie per l'assenza del marito.

74. Ciò, che caratterizza essenzialmente l'*assenza*, e la teoria giuridica, che la regola si è, come abbiamo detto *(n.° 72)*, la incertezza tra la vita e la morto dell'assente. È la *lotta* fra la presunzione della vita, fondata su questo, che la morte non è conosciuta, e la presunzione della morte, fondata sopra la mancanza assoluta di notizie.

75. Il matrimonio non si scioglie che colla morte naturale di uno dei coniugi.

(1.) *Zacharie Corso di diritto Francese Tit: 1 § 91.*

È disposizione esplicita dell'art. 148. — Dal che ne consegue logicamente, che il matrimonio non è mai sciolto per lo *stato di assenza*, perchè non è provata la morte dell'assente.

Quindi il coniuge *presente* non può contrarre un nuovo matrimonio, comunque lungo sia il tempo trascorso, anche dopo il periodo della *immissione definitiva*, ed anche quando il coniuge assente avesse raggiunto il suo centesimo anno di età.

Egli è ben vero, che nell'ordine naturale delle cose raramente l'uomo supera i cento anni di età (2) ma pure si danno casi di una maggiore longevità; tanto basta per non potere attribuire al semplice lasso del tempo la forza di sciogliere un vincolo, che per la *legge* non può dissolversi se non se colla morte.

Comunque possa essere equivoca la posizione del coniuge *presente*, condannato, direm così, ad una specie di vedovanza indefinita, il buon ordine, la morale pubblica, ossia l'interesse supremo della società si oppongono ad una dissoluzione, che non può essere che definitiva, e che potrebbe divenire la sorgente di errori, e di scandali deplorabili, ed anche essere, per i coniugi, un mezzo di divorzio puramente volontario (3).

76. Ma configuriamo la ipotesi, che sulla presentazione di un falso *atto* di morte il coniuge dell'assente abbia contratto un nuovo matrimonio. — Non vi ha dubbio, questo matrimonio è nullo per la ragione, che non può contrarre nuovo matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente *(art. 56)*. Ma chi potrà proporne la nullità?...

Stabilisce l'Art. 113, che » il matri» monio contratto dal coniuge di un as» sente non può essere impugnato finchè » dura l'assenza. »

Ora chi può far ciò?... l'assente soltanto, oppure anche le altre persone indicate nell'*art.* 104, cioè, gli sposi, gli ascendenti prossimi, il pubblico Ministero, e tutti coloro, che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale?... Ecco il dubbio, che sorge leggendo la troppo laconica disposizione del surriferito *art.* 113.

77. Esaminiamo quale veramente sia stata in proposito la mente del Legislatore.

Il coniuge *presente* non può contrarre un nuovo matrimonio poichè è incerto se il coniuge assente sia morto. Una volta però, che sia stato *celebrato* sorge del pari la *incertezza* sulla validità di questo secondo matrimonio poichè potrebbe benissimo accadere, che al momento in cui venne contratto, l'*assente* avesse realmente cessato di vivere. Questo dubbio quindi deve bastare per mantenerlo; ciò è richiesto dall'interesse della società (4).

Perchè, infatti, vorreste dichiarare nullo un matrimonio, colpire col *marchio* della *illegittimità* i figli che ne fossero nati, quando potrebbe aversi in seguito la prova provata, che il primo matrimonio era disciolto al momento della celebrazione del secondo per la morte dell'assente?...

Questa e non altra è la ragione fondamentale dell'*articolo* 113, che vieta di impugnare il matrimonio contratto dal coniuge di un assente finchè dura l'assenza.

78. Ciò posto in sodo scendiamo ad ulteriori indagini. Quando cessa lo *stato di assenza?*.... Quando cessa lo stato di incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente: lo che può verificarsi, o col di lui effettivo ritorno, o colle notizie della sua esistenza, o colla prova della di lui morte.

L'assente, non vi è dubbio, può in qualunque tempo impugnare il matrimonio dell'altro coniuge, poichè tale di-

(2) « Unde centum annos observandos esse « constat; qui finis vitae longissimus esset. » *Leg. 8. ff. de usu et usufr: legat.* —

(3) *Demolomb: Trait: de l'Absence n 260*

(4) *Cass. 18 Avril 1838: De saillis.*

ritto gli viene chiaramente, ed esplicitamente attribuito dagli *Art.* 104 *e* 113 *del Codice.* « Il coniuge può in qualunque « tempo impugnare il matrimonio del- « l'altro coniuge. »

Ma cessato lo *stato di assenza*, ossia provata la esitenza dell'assente al momento della celebrazione del nuovo matrimonio possono domandare la nullità i nuovi sposi, il pubblico, Ministero e gli altri interessati indicati nell'Art. 104?...

Il Codice Napoleone *(art.* 139*)*, accorcorda il diritto di dedurre la nullità soltanto al coniuge assente a pregiudizio del quale è stato contratto il nuovo matrimonio. — E sulla applicazione di questa disposizione sono sorti nella Giurisprudenza Francese *tre sistemi.* — Il primo *sistema*, che non accorda l'azione in nullità che al solo assente. — Il secondo, che l'accorda ai nuovi sposi, ed al pubblico Ministero, purchè esista l'assente, e la nega agli altri interessati cioè ai collaterali, ed ai figli di uno degli sposi nati da un altro matrimonio. — Il terzo *sistema*, che accorda il diritto di impugnare il nuovo matrimonio ad ogni persona, che vi abbia interesse, provando, che il primo esisteva al momento in cui il secondo venne celebrato (5).

Il nostro *Articolo* 113 ha voluto certamente togliere ed eliminare tutte queste questioni disponendo recisamente, che fintanto dura l'assenza il nuovo matrimonio non può essere impugnato; lo che costituisce una eccezione al *diritto comune* stabilito coll'*articolo* 104. — Quindi cessata la causa della *eccezione (cioè lo stato di assenza)* deve tornare a rivivere la regola stabilita nel detto *Articolo* 104, vale a dire il diritto di dedurre la nullità ad ogni persona che vi abbia interesse.

Questa, pare a noi, sia la intelligenza da darsi all'*Art.* 113.

Però se l'assente fosse morto dopo la celebrazione del nuovo matrimonio, il Pubblico Ministero non potrebbe dedurne la nullità, perchè prescrive l'*Art.* 114, che « l'azione di nullità non può essere pro- « mossa dal pubblico Ministero dopo la « morte di uno dei coniugi. »

Concludiamo adunque, che il nuovo matrimonio, provata la esistenza dell'assente al momento in cui venne celebrato, può impugnarsi dai nuovi sposi, dagli ascendenti prossimi, e da tutti coloro, che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale, *(art.* 104*)* ed anche dal pubblico Ministero, se quando promosse la relativa azione l'assente era tuttora vivente *(art.* 114*)*.

79. Si presenta qui la opportunità di conoscere come debba regolarsi la condizione della moglie nei casi, nei quali la legge richiede l'autorizzazione del marito.

Conviene distinguere se si tratta di beni *parafernali* o di *beni dotali.*

La moglie ritiene il dominio, l'amministrazione, ed il godimento dei suoi beni *parafernali (art.* 1427*)*; ma non può donarli, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, transigere o stare in giudizio relativamente a tali beni senza l'autorizzazione del marito *(art.* 134*)*. — Ora è espressa disposizione dell'Art. 135 che questa autorizzazione non è necessaria quando il marito è assente. Dunque la moglie può liberamente disporre di questi beni senza obbligo di ricorrere alla autorità giudiziaria perchè supplisca al difetto della autorizzazione.

E che non si renda necessario l'intervento della autorità giudiziaria lo persuade il riflesso, che, tolto il vincolo, che sottoponeva la donna alla autorizzazione maritale, essa rientra nel libero e pieno esercizio dei suoi diritti di dominio. — Lo persuade il disposto dell'*art.* 136, ove enumerandosi tassativamente i casi nei quali deve intervenire l'autorizzazione della giustizia, non vi si fa parola della *assenza.* — Finalmente è da considerarsi, che l'autorizzazione maritale non è richiesta

(5) *Demolomb. n.* 261.

per integrare la capacità della donna (tanto è vero che gli stessi atti può farli senza autorizzazione di sorta, essendo nubile o vedova) ma solo per rispetto alla autorità del marito come capo della società coniugale, e pel buon ordine della famiglia (6).

80. Relativamente poi ai beni *dotali* opiniamo, che la moglie dell'assente non possa disporne senza l'autorizzazione giudiziaria.

È certo infatti, che la donna non può alienare od obbligare la *dote*, e le *ragioni* dotali senza il consenso del marito e l'autorizzazione giudiziaria, *(art. 1405)*. — Non potendo ottenersi il consenso del marito, stante la di lui assenza, deve necessariamente supplire l'autorità giudiziaria, poichè se l'autorizzazione di giustizia supplisce il consenso del marito nel caso del di lui rifiuto *(art. 136)* deve ugualmente supplirvi nel caso, che sia inabilitato a prestarlo; la identità di ragione porta necessariamente alla medesima conseguenza.

CAPITOLO SECONDO

Dei diritti del coniuge presente sulla successione del coniuge assente.

SOMMARIO.

81. Diritti successori del coniuge presente sulla eredità del coniuge assente. — Necessità per determinarne la misura, di riferirsi ai tre PERIODI *dell'assenza.*

82. PRIMO PERIODO — PRESUZIONE DI ASSENZA *— Condizioni per costituire lo stato di assenza*

83. Tribunale competente a provvedere.

84. 85. 86. L'autorità giudiziaria non può provvedere di uffizio.

87. Attribuzioni in proposito del Pubblico Ministero.

88. Il carattere di questo primo periodo è il mantenimento dello statu quo.

89. 90. Attribuzioni del rappresentante nominato dal Tribunale.

(6) *Process. verbal. della Comm. per la coord. del Cod. civ. pag. 170.*

91. 92. Norme per i provvedimenti da prendersi.

93. Quando finisca il periodo della presunzione di assenza.

94. SECONDO PERIODO *— Dichiarazione di assenza.*

95. Dentro qual tempo possa domandarsi la dichiarazione di assenza.

96. 97. Chi possa domandarla, e davanti a qual Tribunale.

98. 99. Effetti.

100. 101. Immissione nel possesso temporaneo.

102. 103. Chi possa richiederlo.

104. 105. Diritti che ne derivano.

106. Garanzie da prestarsi a favore dell'assente.

107. Cauzione.

108. Inventario.

109. 110. 111. Attribuzioni degli immessi in possesso.

112. Loro diritti sulle rendite.

113. 114. 115. Rapporti degli immessi tra loro.

116. 117. 118. Loro rapporti coi terzi.

119. Se gli immessi possano disporre per testamento, alienare, ed ipotecare.

120. 121. Come, ed in qual misura gli immessi siano tenuti agli oneri gravanti il patrimonio dell'assente.

122. TERZO PERIODO. *— Immissione nel possesso definitivo.*

123. 124. A chi spetti provocare la immissione definitiva.

125. Effetti di tale immissione.

126. 127. Cauzioni.

128. Disponibilità dei beni.

129. Qualità degli immessi definitivi di fronte ai terzi.

130. 131. 132. 133. A favore di chi possano essere tenuti alla restituzione dei beni.

134. 135. 136. 137. 138 139. 140. Diritti degli immessi sulle ragioni eventuali verificatesi a favore dell'assente.

81. Il coniuge ha diritto di succedere nella eredità dell'altro coniuge nella misura determinata dalla Legge *(Art. 753 754)* e questo diritto non può essergli in modo alcuno menomato o tolto se non nei casi espressamente contemplati dalla legge stessa *(art. 812)*. Egli è quindi un vero e proprio erede, e come tale può far valere i propri diritti sul patrimonio dell'assente *(art. 26 ult. capov)*.

Ma il modo, e la misura di questi diritti competenti al coniuge presente non

possono determinarsi se non in relazione delle tre *epoche* o *periodi* dell'assenza.

Si rende quindi opportuno conoscere *specialmente* i *principii* stabiliti in proposito dal nostro Codice: lo che andiamo a fare negli *Articoli* seguenti.

ARTICOLO PRIMO.

Primo periodo — Presunzione di assenza.

82. La persona *(così l'Art. 20)* » che » ha cessato di comparire nel luogo del » suo ultimo domicilio o dell'ultima sua » residenza, senza che se ne abbiano no- » tizie si presume assente. »

Dalla quale disposizione si rileva due essere le condizioni, che debbonsi verificare per costituire lo stato di presunzione di assenza. 1.° Che l'individuo abbia cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio, o dell'ultima sua residenza; 2.° Che non se ne abbiano più notizie.

Il concorso di queste due condizioni costituisce quello stato di *incertezza* sopra la esistenza della persona assente, che solo può dar luogo alle misure autorizzate dalla legge.

Ma se questa *incertezza* dà principio allo *stato* di presunzione di assenza si rende però impossibile di determinarne con regole il punto di partenza — Tutto dipende dalle circostanze, ed incombe ai giudici lo apprezzare, dietro i fatti, se vi sia o no incertezza sulla esistenza della persona; appartiene alla loro saggezza e prudenza di evitare una precipitazione indiscreta nell'ingerirsi negli affari dell'assente, o un ritardo troppo prolungato, che potrebbe mettere in pericolo i di lui interessi (7).

83. Quando si abbia *incertezza* sulla esistenza dell'assente, l'Autorità Giudiziaria chiamata dalla legge a provvedere è il Tribunale civile dell'ultimo domicilio, o dell'ultima residenza dell'assente *(art. 21)*.

Ciò è logico, e conforme ai principii della scienza. L'*assenza* non è che una modificazione dello *stato* della persona: non si tratta che di una specie di *questione di stato*, nella quale il presunto assente riveste, a certi riguardi, la qualità di convenuto: dunque è il tribunale del di lui domicilio, che deve esser competente » *actor sequitur forum rei.* » — Di più il Tribunale dell'ultimo demicilio, o dell'ultima residenza è alla portata più di qualunque altro di conoscere se si verifichi quella incertezza, che costituisce la presunzione di assenza; se i parenti, gli amici, i vicini abbiano ricevuto delle notizie dalla persona scomparsa.

84. *L'autorità giudiziaria* non può agire e provvedere *d'ufficio*; bisogna che vi sia eccitata dalle richieste degli interessati, degli eredi presunti, del pubblico Ministero *(art. 21)*.

La legge dice in genere *interessati*. Essi non possono essere che coloro, i quali hanno un interesse pecuniario sia *attuale* e *presente*, sia *futuro* ed *eventuale*. Un interesse *pecuniario* infatti è il solo, che possa dar luogo ad una azione in giustizia. Un semplice interesse di benevolenza, e di affezione per parte dei vicini, degli amici, e dei parenti non varrebbe ad autorizzare l'esperimento di tale azione.

85. Se l'interesse del richiedente è *presente* ed *attuale* certamente non vi sono difficoltà. Un comproprietario, per esempio, un socio, un creditore hanno *qualità* per agire contro dell'assente nei modi stessi che se fosse presente. Ma anche un interesse *futuro* ed *eventuale* può bastare per autorizzare la domanda nel senso dell'*Art.* 21, perchè un interesse *condizionale* basta per il creditore onde possa esercitare tutti gli atti, che tendono a conservare i suoi diritti *(art. 1171)*, e tale appunto è il carattere delle misure, che possono invocarsi nello stato di presunzione di assenza.

86. Gli eredi *presunti* possono ugual-

(7) *Demolomb n. 17.*

mente instare presso il Tribunale per far constatare lo *stato* di *presunzione di assenza*, ed adottare le misure opportune.

Eredi *presunti* sono coloro, ai quali la legge deferisce la successione di una persona, quando da questa non vi sia stato provveduto o in tutto o in parte con testamento *(art. 720)*. — Fra questi eredi *presunti*, o *legittimi*, che dir si vogliano, vi è compreso anche il coniuge, *(art. 721)* cosicchè è indubitato, che anche ad esso compete il diritto di provocare le misure occorrenti per tutelare il proprio interesse, non che quello del coniuge assente.

87. Il pubblico Ministero ha, fra le altre attribuzioni, quella di tutelare le persone che non abbiano la piena capacità giuridica provocando quei provvedimenti conservatori, che siano del caso (8). Ora l'assente è al certo in uno stato di incapacità, inquantochè è naturale presumere, che se esiste ancora sia ritenuto ed impedito da ostacoli piu forti della sua volontà. — Quindi anche su lui deve estendersi la tutela. e la protezione della legge.

Il pubblico Ministero pertanto può provocare direttamente nel senso dell'*Art.* 21 delle misure conservatorie, perchè può accadere che non vi sia alcuno per difendere gli interessi del presunto essente.

Però queste facoltà noo potrebbero estendersi fino al punto di intentare direttamente contro i terzi le azioni, che appartengooo al presunto assente, perchè il pubblico Ministero non agisce già esclusivamente nell'interesse privato, ma bensi nell'interesse dell'ordine pubblico.

88. Il carattere di questo primo periodo dell'assenza è il mantenimento dello *statu quo*, e la condizione indispensabile per poter prender dei provvedimenti è la *necessità*.

Tutto dipende dalle circostanze, dalla professione del presunto assente, dalla natura, e dalla situazione dei suoi beni, dallo stato infine della sua fortuna e dei suoi affari. — Però non si può in proposito stabilire una regola assoluta, e spetta al Magistrato, secondo il suo prudente criterio, lo statuire dietro il carattere dei fatti, e delle circostanze (9).

Su tali considerazioni è fondata la disposizione dell'*Articolo* 21. — Vi è o no un procuratore, un incaricato lasciato dall'assente. — Se non vi è *procuratore* o altri incaricato dall'assente, il tribunale, provocato dalle istanze di coloro, che ne hanno il diritto » può nominare chi rap» presenti l'assente in giudizio, o nella » formazione degli inventari e dei conti » e nelle liquidazioni e divisioni in cui » egli sia interessato, e dare gli altri » provvedimenti, che siano necessari alla » conservazione del suo patrimonio ».

Se vi è un procuratore, il Tribunale allora non può provvedere che » per gli » atti, che non potessero farsi dal pro» curatore in forza del mandato o della » legge ».

89. Il rappresentante nominato dal Tribunale diviene il mandatario del presunto assente, e per conseguenza lo rappresenta validamente in tutti gli affari ai quali si applica il suo mandato *(arg. art. 1752)*.

Dal che ne consegue. 1.° Che i terzi, in generale non sarebbero ammessi ad impugnare questa nomina, menochè non fosse stato nominato, come doveva essere, dal tribunale; 2.° I debitori non potrebbero rifiutarsi a pagare nelle di lui mani, allegando la sua insolvibilità, perchè i medesimi rimangono validamente liberati pagando a questo rappresentante del loro creditore. 3.° I *giudicati* pronunziati contro il rappresentante rivestono il carattere di *contradittori*, ne potrebbero essere impugnati dal presunto assente (10).

90. Nel caso della esistenza di un pro-

(8) *Decreto sull'ordinamento giudiziario del 6 Dicembre 1865 art. 139.*

(9) *Duranton Tom. I n. 400.*

(10) *Demolomb n. 39*

curatore, ma i di cui poteri non si estendessero all'*affare* o *interesse*, al quale occorre provvedere, è naturale, che il tribunale designi questo stesso mandatario di già investito della confidenza del presuuto assente per trattare gli affari a cui si estende la procura.

Se il *mandato* venisse a cessare per un motivo qualunque — o se le parti interessate denunziasseso la infedeltà del mandatario *(art. 1757)*, — o ancora se il mandatario si trovasse in collisione di interessi col presunto assente, in tutti questi casi dovrebbe essere nominato altro rappresentante all'assente medesimo sia definitivamente sia in modo provvisorio (11).

91. La norma per i provvedimenti da prendersi dal Tribunale si è la *necessità*. Per quanto è possibile, devono prendersi soltanto delle misure di amministrazione, delle misure parziali, e provvisorie, che non cangino punto lo stato dei beni del *presunto* assente, che non gli impongano dei nuovi pesi, delle nuove obbligazioni verso i terzi. Si deve provvedere a ciò, che è urgente, poichè non si tratta di cambiare, o di migliorare, ma di conservare solamente, e di attendere.

92. Le spese alle quali possono dar luogo le misure conservatorie devono sopportarsi dal presunto assente, perchè sono nel suo interesse, ed è il fatto di lui che vi dà causa.

93. Il periodo della *presunzione* di assenza finisce.

1.° Per la prova acquistata della morte del presunto assente, perchè è allora, che si apre la successione.

2.° Per la prova acquistata della sua esistenza. — In queste due ipotesi le misure ordinate dal tribunale possono, secondo i casi, essere provvisoriamente mantenute fino a che gli eredi, o il presunto assente abbiano potuto riprendere l'amministrazione dei beni *(art. 33)*.

(11) *Metz. 15 Mars 1823. Minist. Pubb. — Sirey 1823 II, 507.*

3.° Dalla sentenza di dichiarazione di assenza, che apre il secondo periodo.

ARTICOLO SECONDO.

Secondo periodo — Dichiarazione di assenza.

94. Ciascun anno, che passa infievolisce agli occhi della legge la presunzione della esistenza della persona scomparsa, ed acquista maggior forza, e verosimiglianza la presunzione della sua morte. Bisogna adunque che, per questo stato di cose prodotto dal lasso del tempo, venga ad organizzarsi una situazione nuova, la quale non abbia di mira soltanto gli interessi esclusivi dell'assente, ma anche gli interessi di coloro che hanno dei diritti subordinati alla condizione della di lui morte. Ciò viene ad ottenersi colla *dichiazione di assenza*.

95. *L'articolo* 22 del nostro Codice, per stabilire l'epooca in cui può domandarsi questa dichiarazione di assenza, distingue il caso in cui l'assente non abbia lasciato un procuratore per amministrare, da quello in cui abbia lasciato un procuratore.

Nel primo caso non può domandarsi la *dichiarazione*, che dopo tre anni di *assenza presunta ;* nel secondo caso dopo sei anni.

Ma quale è il punto di partenza dei termini respettivamente di tre, o di sei anni ?..... L'articolo surramentato dice in genere » dopo tro anni continui di assenza » presunta. — *Presunto assente* è quello, che ha cessato di comparire nel suo ultimo domicilio, o nella ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie *(art. 21)*. Dunque intende la legge, che i detti termini di tre o di sei anni debbano respettivamento calcolarsi dal giorno della scomparsa o delle ultime notizie.

96. Le persone, che possono domandare la dichiarazione di assenza sono, 1.° I presunti eredi legittimi, ed in loro contraddittorio i testamentari; 2.° Chiunque

creda di avere su i beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui *(art. 22)*. Quindi non vi è dubbio, che il coniuge presente, e come erede, e come interessato per le convenzioni matrimoniali, non abbia diritto di provocare tale *dichiarazione*.

97. Il Tribunale al quale devono rivolgersi le parti per ottenere la *dichiarazione di assenza* è quello dell'ultimo domicilio, o della ultima residenza dell'assente; *(art.* 21 22) ed il tribunale, trovata ammissibile la domanda ordina che siano assunte informazioni all'uopo. — Questo *provvedimento* deve esser pubblicato alla porta dell'ultimo domicilio, o dell'ultima residenza dell'assente, e notificato alle persone in contraddittorio delle quali fu proposta la domanda, ed al procuratore dell'assente. — Più deve pubblicarsi due volte coll'intervallo di un mese nel giornale degli annunzi giudiziari del *distretto*, o nel giornale officiale del Regno *(Art. 23)*.

Assunte le informazioni, e trascorsi almeno sei mesi dalla seconda pubblicazione il Tribunale pronunzia sulla domanda di dichiarazione di assenza e la relativa sentenza viene notificata e pubblicata nel modo stesso del *provvedimento* che ordina le informazioni *(Art. 24 25)*.

Bene si intende, che tutte queste formalità hanno il doppio oggetto di constatare che nessuno o direttamente o indirettamente abbia avuto notizie del *presunto assente*, e di provocare il medesimo a far conoscere la sua esistenza, se vuole prevenire le misure, che si preparano.

98. Gli effetti della sentenza declarativa della assenza non possono incominciare che decorsi sei mesi dal giorno della sentenza stessa *(Art. 26)*; e ciò all'oggetto di dare agio all'assente di venirne in cognizione a di provvedere al proprio interesse.

99. Il Codice divide gli effetti della dichiarazione di assenza in due categorie — effetti riguardo ai beni che l'assente aveva al giorno in cui si è allontanato *(Art. 26.)* — effetti riguardo alle ragioni eventuali, che possono competere all'assente. *(Art. 42 e succ.)* Ma la regola fondamentale su cui riposa questa nuova *situazione* di cose si è — che tutti i diritti, che si verificherebbero in modo definitivo nel caso di morte provata sopra i beni dell'assente dal momento delle ultime notizie, si verificano provvisoriamente nel caso di dichiarazione di assenza *(Art. 26 1.° capov.)* — E ciò è logico e razionale. 1.° Perchè la presunzione della morte avendo acquistato molta gravita non deve paralizzarsi per più lungo tempo l'esercizio, almeno provvisorio, dei diritti subordinati a questa condizione; 2.° Perchè è interesse della società, e dell'assente medesimo, che i beni che si trovano abbandonati siano amministrati nel miglior modo, e siano rimessi nelle mani le più sicure; 3.° Perche vi è il vantaggio di stabilire una *situazione*, alla quale ordinariamente non vi sarà niente a cambiare, e che potrà continuare definitivamente se non si hanno notizie dell'assente (12).

100. I diritti degli aventi interesse si deducono all'atto mediante la *immissione* nel possesso temporaneo dei beni.

101. Chiunque vi abbia interesse ed anche il pubblico Ministero può instare perchè sia verificato se esistano o no atti di ultima volontà, e ciò essendo il Tribunale ne ordinerà l'apertura *(Art. 26)*.

102. La immissione nel possesso provvisorio dei beni può essere domandata: 1.° dagli eredi testamentari, ed in loro mancanza dagli eredi legittimi; 2.° dai legatari, dai donatari, e da tutti coloro, che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui *(Art. 26 1.° e 2.° capov.)*

Gli eredi testamentari devono domandare la *immissione* in contraddittorio degli eredi legittimi. Mancando gli eredi testamentari hanno diritto di domandarla gli

(12) *Demolomb. n. 72.*

eredi *legittimi*, cioè coloro che sarebbero stati eredi se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, ovvero i rispettivi loro eredi *(Art. 26 1.° capov).*

Mancando gli eredi testamentari o legittimi, o non volendo domandare la *immissione* in possesso, possono certamente domandarla tutti coloro, che hanno dei diritti dipendenti dalla morte dell'assente.

103. Indubitatamente il coniuge presente, come erede legittimo, mancando gli eredi testamentari, ha diritto di domandare la immissione in possesso. Ed esistendo gli eredi testamentari ha diritto di ottenere ciò che gli perviene per titolo di successione. Lo dispone chiaramente il detto *(Articolo 26 4.° capov.)*

104. La immissione nel possesso temporaneo attribuisce a colorò, che l'ottengono, ed ai loro successori l'amministrazione dei beni dell'assente, il diritto di promuoverne in giudizio le ragioni ed il godimento delle rendite *(Art. 28).*

105. Per conoscere con precisione la portata ed i limiti di questi diritti, fa d'uopo considerare gli effetti della immissione nel possesso temporaneo. 1.° Nei rapporti tra gli immessi e l'assente. 2.° Nei rapporti degli immessi tra loro, e coi terzi.

§. I.

Rapporti gli immesse di verso l'assente.

106. Per quanto grave possa essere la presunzione della morte dell'assente non è però che una presunzione, poichè non è impossibile che l'assente ritorni o dia sue notizie. Nel regolare questa situazione è pertanto essenziale di conciliare gli interessi dell'assente con quelli degli immessi in possesso in maniera di assicurare al medesimo pel caso che abbia luogo, la restituzione del suo patrimonio, lasciando soltanto agli immessi una parte considerevole dei frutti.

Tale è lo scopo delle disposizioni degli *Articoli* 26, 27, 28, 29, 31, del Codice civile, disposizioni che possono riassumersi cosi 1.° garanzie per la *restituzione* da prestarsi dagli aventi diritto al momento della loro immissione in possesso 2.° Limitazio- dei loro poteri. 3.° Attribuzioni degli immessi sulle rendite.

107. Le garanzie per la restituzione sono — la *cauzione* — e l'*inventario* dei beni.

Tutti gli aventi diritto siano gli eredi legittimi o testamentari, siano legatari o donatari, non possano essere ammessi al possesso dei beni dell'assente. o all'esercizio dei loro diritti eventuali se non mediante cauzione *(Art. 26 capov.)* — Da tale obbligo quindi non rimangono esclusi nè il coniuge dell' assente, e neppure i di lui figli.

La legge rilascia alla apprezzazione dell'autorità giudiziaria di determinare il quantitativo della *cauzione* da prestarsi avuto riguardo alle persone, ed alla importanza e natura dei beni; onde è che i terzi non potrebbero rifiutarsi dal pagare nelle mani degli immessi sotto il pretesto della insufficenza della *cauzione* stessa (13).

Ma se coloro, che domandano la immissione, non hanno mezzi di prestare la cauzione, come dovrà regolarsi ?..... — L'Articolo 27 prevede il caso, e stabilisce che » *qualora alcuno dei presunti » eredi ed aventi diritto sui beni dell'as- » sente non possa dar cauzione, il tribu- » nale può ordinare quelle altre cautele, che » stimerà convenienti per l'interesse del- » l'assente, avuto riguardo alla qualità delle » persone, alla loro parentela coll'assente, » ed alle altre circostanze.* »

108. Prestata la *cauzione* devono gli immessi procedere all'*inventario* dei beni mobili, e alla descrizione degli immobili *(Art. 29).*

E' indispensabile constatare ciò che ricevono gli immessi per sapere quello che

(13) *Douai 5 Mai 1836 Lacroix.*

saranno obbligati di restituire nel caso che ciò abbia luogo.

L'*inventario* si compila colle norme stabilite per l'eredità accettata con tal benefizio, (14) cioè si fa dal Cancelliere della Pretura, o da un Notajo coll'intervento di periti, e con tutte le altre speciali formalità prescritte dall'*Art.* 866 e successivi del Codice di procedura civile.

109. Prestata la *cauzione*, compilati gli *inventari*, gli immessi assumono l'esercizio dei loro diritti.

110. La immissione nel possesso attribuisce a coloro, che la ottengono l'amministrazione dei beni dell'assente (*Art.* 28). È questo lo scopo principale della loro missione; quindi due regole 1.° Possono, anzi devono fare tutti gli atti di amministrazione; 2.° Non possono di per se e senza l'adempimento di date formalità fare atti di *disposizione*, o di *alienazione*.

Devono amministrare — Se si tratta di beni immobili devono provvedere alla cultura dei fondi, e procedere alle occorrenti riparazioni dalle più piccole fino alle più grandi. — Possono riscuotere capitali e rilasciarne quietanza ai debitori, e benchè sia questo un atto importante di amministrazione, è però un atto necessario, ed appunto per questo si richiede una cauzione. — Devono agire contro i debitori sotto pena, in caso di negligenza, di rispondere della loro insolvibilità. — Devono procedere all'impiego dei capitali alla pena, altrimenti, di poter essere ritenuti di averli impiegati esclusivamente a loro profitto; insomma devono far quello che farebbe comunemente un padre di famiglia verso i propri beni.

Non possono gli immessi *disporre dei beni* sia alienandoli, sia ipotecandoli. — La proibizione è assoluta o si tratti di beni immobili o si tratti di beni mobili. Ma non solo è loro impedito di *alienare* o di *ipotecare*, ma ancora di fare qualunque atto che ecceda la semplice amministrazione senza l'autorizzazione giudiziaria (*Art.* 29); quindi senza tale autorizzazione non potrebbero procedere ad una renunzia, ad una transazione, all'accettazione di una eredità che si fosse deferita all'assente.

111. Se gli immessi non hauno facoltà di *alienare* e di *ipotecare*, possono però, senza autorizzazione, stare in giudizio per interesse dell'assente e come attori, e come convennuti, essendo questo un diritto che viene loro attribuito specialmente dall'*Art.* 28. « *L'immissione..... » attribuisce.... il diritto di promuovere in » giudizio le ragioni etc.* »

112. Quali sono i diritti degli immessi sulle rendite del patrimonio dell'assente?....

Gli Articoli 30 e 31 accordano agli immessi la totalità o parte delle rendite del patrimonio dell'assente a seconda del loro grado di parentela, e della durata dell'asseuza. La ragione muovente la legge a tale disposizione non è soltanto quella di accordare una retribuzione ed un salario ai *messi in possesso*, onde più facilmente ne assumano l'amministrazione, ma bensì, e principalmente, perchè non possono ritenersi che come possessori di buona fede, e come tali devono avere gli stessi privilegi che la legge accorda a simili *possessori* (*arg. Art.* 703).

So gli immessi in possesso sono gli *ascendenti*, i *discendenti*, o il *coniuge* essi ritengono a loro profitto la totalità dello rendite senza riguardo alla durata maggiore o minore della assenza, cosicchè niente sono obbligati a restituire all'assente quando ritorni o si abbiano notizie di lui (*Art.* 30). — Se sono parenti entro il sesto grado fanno propri, nei primi dieci anni dal giorno della assenza, quattro quinti dello rendite, riservato un quinto a favore dell'assente. Dai dieci anni fino ai trenta fanno proprio le rendite per nove decimi, dovendo un decimo

(14) *Cod. di Proc. Civ. Art.* 796.

riservarsi a favore dell'assente *(Art. 31)*. — Se poi siano parenti al di là del sesto grado, o siano estranei debbono allora riservare a favore all'assente il *terzo* delle rendite nei primi dieci anni, il *sesto* dai dieci ai trent'anni. *(D. Art. 31 1.° capov)*.

Trascorsi trent'anni la totalità delle rendite si appartiene agli *immessi* qualunque sia il loro grado di parentela, ne per questo titolo sono obbligati a restituire cosa alcuna all'assente quando ritorni o si abbiano sue notizie. *(D. Art. 31 2.° capov)*.

Il detto *Articolo* 31 nello stabilire il termine di dieci e respettivamente di trent'anni per la quantità delle rendite da riservarsi a favore dell'assente determina come punto di partenza il *giorno dell'assenza.* Ma ha inteso parlare di assenza *effettiva* da contare dal giorno della scomparsa, oppure di assenza *dichiarata* da non contare, che dal giorno della sentenza che la pronunziò?....

Riteniamo che la legge intenda parlare di assenza dal giorno della scomparsa, e la ragione speciale, pare a noi, sia questa. Colla dichiarazione di assenza si apre una specie di successione, alla quale sono chiamati coloro, che al momento della scomparsa o delle ultime notizie avrebbero avuto diritto sulla eredità dell'assente: dunque gli effetti della *dichiarazione* devono retrotrarsi a quell'epoca.

§. II.

Rapporti degli immessi tra loro, e coi terzi.

113. L'assenza *dichiarata* o la conseguente immissione in possesso produce una specie di successione. Difatti gli eredi testamentari, gli eredi legittimi, i legatari i donatari, e tutti coloro che possono avervi interesse hanno diritto di ottenere *la immissione.* Ma dovranno essi esercitare in comuno i loro diritti, oppure potranno esercitarli *dividualmente* per la quota respettiva?.... Sarebbe davvero inconcepibile, che persone chiamate dalla Legge ad esercitare dei diritti sulla *stessa cosa* dovessero essere obbligati, loro malgrado, a rimanere *indivisi*, mentre nessuno può essere costretto a rimanere in comunione *(Art. 681)*. La facoltà di procedere alla divisione, se non è espressamente dichiarata dalla legge vi è però virtualmente compresa, poichè accordando al coniuge dell'assente il diritto di ottenere ciò, che gli spetta per le convenzioni matrimoniali e per titolo di successione *(Art. 26 ult. capov.)* presuppone necessariamente una divisione di quoto tra gli interessati, senza della quale sarebbe pressochè impossibile giungere a tal resultato. — Di più, se la *immissione* produce una situazione di cose, che sotto molti rapporti si avvicina alla vera successione, non vi sarebbe ragione per non ammettere il principio sancito dall'*Art.* 984 » *che si può sempre domandare la divisione non ostante qualunque divieto del testatore.* »

114. Ammesso pertanto che i *cointeressati* possano procedere alla divisione delle loro quote, bisogna ammettere del pari che possano devenire tra loro a quelle convenzioni, e a quell'*atti* che sono necessari per raggiungere il fine di una divisione. Niente importa d'altronde all'assente che i suoi beni si trovino nelle mani di tale o tale altro *immesso*, tuttavolta che sono sempre garantiti nella stessa maniera.

Si intende bene che, se gli *immessi* non possono accordarsi o su i dettagli o sull'insieme della amministrazione spetti al tribunale di provvedere.

115. Può avvenire che durante il possesso temporaneo alcuno provi di avere avuto al tempo dal quale parte la presunzione di assenza un diritto prevalente o eguale a quello del possessore. In questo caso può escludere il possessore, o farsi associare nel possesso *(Art. 32)*. Però non ha diritto ai frutti se non dal giorno della domanda giudiziale, salve sempre le

ragioni dell'assente, perchè questi è estraneo alla controversia che si agita tra il primo immesso in possesso ed il secondo.

116. Di fronte ai terzi gli *immessi in possesso* devono essere considerati come semplici amministratori dell'assente, ossivero come eredi, e proprietari ?...

Se l'assente ritorna, oppure sia provato, che la di lui morte è avvenuta in epoca posteriore alla immissione in possesso, l'*immesso provvisorio* non sarà stato, di fronte ai terzi, che un mandatario od un semplice amministratore. — Al contrario se non si ha alcuna notizia dell'assente, l'*immesso* sarà reputato personalmente proprietario a contare dal giorno stesso della *immissione*.

Questa distinzione trova appoggio negli *Articoli* 33 e 35. Infatti l'*Articolo* 33 contemplando il caso del ritorno dell'assente, o che sia provata la di lui esistenza, dispone che cessano gli effetti della dichiarazione di assenza, e che il possessore temporaneo è obbligato alla restituzione delle rendite. In tale ipotesi pertanto l'immesso non è che un semplice amministratore, un mandatario che deve render conto della sua gestione. Ma se l'assente non ritorna, o non si hanno sue notizie l'*immesso* assume una qualità più spiccata, una qualità che è qualche cosa di più di quella di un semplice amministratore o mandatario; egli è un erede, un proprietario, sia pure sotto condizione, ma che riveste sempre tal qualità. Ed ecco perchè l'*Art.* 35 attribuisce all'*immesso* la rappresentanza dell'assente stabilendo che dopo la *immissione temporanea* chiunque ha ragioni da far valere contro l'assente deve proporle contro coloro che hanno ottenuto tale *immissione*.

117. Ciò posto in sodo scendiamo ad esaminare le diverse ipotesi che si presentano, sia riguardo alla facoltà nell'*immesso* di disporre delle cose dell'assente, sia riguardo a sopportare gli oneri gravanti il patrimonio dell'assente medesimo.

118. Se la *immissione in possesso* stabilisce, come si è detto, una imagine della vera successione che diverrà definitiva ove l'assente più non comparisca, non vi ha dubbio, che l'*immesso* non possa disporre dei beni per testamento. — Il testamento di per sè sarebbe valido, ma sottoposto per altro, in quanto alla efficacia, alla condizione *risolutiva* pel caso, che l'assente tornasse (15).

119. Ma se ha facoltà di disporre per testamento può l'*immesso in possesso* alienare ed ipotecare ?... Quale ne sarà l'effetto ove abbia proceduto a tali atti ?...

L'*Art.* 29 denega recisamente agli immessi la facoltà di alienare e di ipotecare i beni immobili dell'assente senza l'autorizzazione giudiziaria.

Però l'alienazione può essere stata fatta in due maniere — o cedendo i diritti tali quali si competono all'immesso — o vendendo la *cosa* dell'assente come la propria. Nel primo caso il compratore non è che l'avente causa dall'immesso collo medesime obbligazioni od i medesimi diritti, e la cessione è valida. Ma nel secondo caso, avvenuta la vendita, non potrebbe l'immesso domandarne la nullità perchè si è obbligato personalmente verso del compratore, rimanendo per altro responsabile verso l'assente (16). In quanto al compratore se questi ha conosciuto la qualità dell'*immesso*, non può proporre la nullità, perchè all'atto della vendita era consapevole del pericolo della evizione (*Art.* 1485); ma se ignorava la qualità del venditore, cioè che fosse un *immesso temporaneo* nei beni dell'assente, potrà opporre all'immesso la mancanza di potere all'oggetto di sortire da una situazione incerta e che non avrebbe scientemente accettata.

Se poi l'*immesso* ha ipotecato l'immo-

(15) *Dalloz Tom. 1. pag. 16.*

(16) *Zachariae, Aubry et Rau. Tom. 1. pag. 546.*

bile o gli immobili per proprio conto non può domandare la nullità della ipoteca, la quale non deve considerarsi se non come accordata sotto la condizione che investe il diritto dell'*immesso*; ne il creditore potrebbe procedere alla spropriazione, perchè, altrimenti, verrebbe a sanzionarsi l'alienazione che in cotal modo si effettuerebbe dei beni dell'assente.

120. Relativamente agli oneri gravanti il patrimonio dell'assente, se più sono gli immessi i debiti si dividono tra loro come si dividerebbero tra più eredi nel caso di vera successione *(Art. 1027)* essendo logico e razionale che l'*unità* passiva si divida colla *unità* attiva. — Niuno per altro degli immessi può essere obbligato a pagare al di là del valore della respettiva quota, perchè essendo obbligati a procedere all'inventario dei beni, si viene a determinare, almeno indirettamente, l'estensione delle loro obbligazioni, cioè che essi non sono tenuti al pagamento dei debiti se non se nei limiti delle forze patrimoniali.

121. In quanto ai creditori personali del *messo in possesso*, certamente potranno i medesimi esercitare le respettive azioni sulla quota che la legge rilascia a di lui profitto; come potranno iscrivere le relative ipoteche in testa dell'immesso, *(Art. 1976)* poichè se non si hanno più notizie dell'assente, l'immesso sarà reputato proprietario dal giorno stesso della immissione. È in certo modo una misura conservatoria che è utile ai creditori senza nuocere all'assente, e che può inoltre prevenire delle frodi per parte degli immessi.

ARTICOLO TERZO.

Terzo periodo — Immissione nel possesso definitivo.

122. La situazione che crea la immissione provvisoria nel possesso dei beni dell'assente non potrebbe a lungo durare, e deve avere un termine. Lo esige l'interesse degli aventi diritto, poichè in un lungo periodo di tempo tali e tanti possono essere gli avvenimenti da modificare grandemente, se non variare del tutto, la loro posizione, e render così maggiormente incerta ed equivoca la situazione creata dalla legge. Lo esige poi l'interesso generale all'oggetto che i beni, rimasti, per così dire, colpiti da una specie di *interdetto*, siano restituiti alla circolazione ed al commercio.

Dispone quindi l'*Art.* 36 che possa devenirsi alla immissione nel possesso definitivo se l'assenza fu continuata per lo spazio di trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo — o se siano trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente, e le ultime notizie risalgano almeno a tre anni addietro.

Ma può avvenire che i cento anni dalla nascita dell'assente siano compiti prima della dichiarazione di assenza, o anche dopo, ma prima della immissione nel possesso *temporaneo*. È questa la ipotesi che fa l'*Art.* 38 e che risolve stabilendo. — Che nel primo caso deve prima di ogni altra cosa ottenersi la dichiarazione di assenza » ivi » *premessa nel primo caso » la dichiarazione di assenza.* » — Che successivamente gli interessati possono domandare che la *immissione* sia concessa in modo definitivo, a condizione però che » ivi » *le ultime notizie dell'assente risal- » gano almeno a tre anni addietro.* »

E queste disposizioni si presentano razionali e logiche. Se nel fatto può dirsi che cento anni sono « *finis vitae longoevi hominis* » (17) non sono impossibili per altro casi di vita oltre secolare, ne quindi sarebbe motivo per considerare morto oggi, solo perchè ha compiuto i cento anni, colui che poco tempo prima aveva ancora mandato notizie di se. Ritenute le ordinarie condizioni della vita umana, la mancanza da tre anni delle notizie di colui,

(17) *Leg. 56 ff. de usufruct et quomad.*

che avrebbe compiuto gli anni cento dalla sua nascita è sufficiente ad indurre la convinzione che egli sia morto (18).

123. Il passaggio dal possesso *temporaneo* a quello *definitivo* non ha luogo di pieno diritto, ma sulle istanze delle parti interessate. La ragione forse sta in ciò, che la immissione *definitiva* non essendo in sostanza, che lo sviluppo ed il termine della situazione cominciata colla misura della immissione provvisoria, è più nell'interesse degli immessi che dell'assente, e quindi è che spetta a loro il provocarla.

124. La legge non determina forme speciali per ottenere la immissione definitiva. L'*Art.* 36 dice soltanto che il tribunale sulla istanza delle parti interessate pronunzia la immissione nel possesso definitivo. — Parti interessate non possono essere altre che quelle che possono domandare la immissione provvisoria, cioè tutti coloro, che hanno sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui (*Art.* 26 2.° *capov.*)

125. Gli effetti della *immissione definitiva* consistono — nel rimanere sciolto le cauzioni, e le altre cautele che fossero state imposte — nella cessazione da ogni vigilanza e dipendenza della autorità giudiziaria — nella facoltà negli immessi di disporre dei beni dell'assente (*Art.* 36 37).

126. *Le cauzioni rimangono sciolte; cessa ogni vigilanza e dipendenza per parte della autorità giudiziaria.* Tale disposizione non solo è una conseguenza logica della presunzione ormai divenuta fondatissima che l'assente sia morto; ma è ancora una conseguenza giuridica, perchè tutte le azioni tanto *reali*, che *personali* si prescrivono col decorso di tront'anni (*Art.* 2135).

Ma la liberazione dell'*immesso* dalle garanzie prestate non avviene di pieno diritto. La liberazione deve essere dichiarata dalla autorità giudiziaria che pronunzia la immissione definitiva (*Art.* 36). — Ciò è coerente ai principii che regolano la materia delle prescrizioni, poichè incombe alla parte, cui interessa l'opporre la prescrizione, ne il giudice può supplirvi di uffizio (*Art.* 2109). — Quello che cessa di pieno diritto, pronunziata la immissione definitiva, è la sorveglianza e la dipendenza dalla autorità giudiziaria. Lo prescrive in modo assoluto ed incondizionale l'Art. 37. « *Pronunziata l'immissione » nel possesso definitivo cessa pure ogni vi- » gilanza di amministrazione, e ogni dipen- » denza dall'autorità giudiziaria.* »

127. La *cauzione* rimane sciolta ancorchè si tratti di un fatto cui abbia dato causa l'*immesso* durante l'amministrazione, e per il quale non sia ancora raggiunto il termine della prescrizione, perchè la *cauzione* non garantisce il tale o tale atto particolare, ma l'insieme, la integrità della gestione, la obbligazione primitiva, principale, la obbigazione unica contratta dall'immesso dal giorno della immissione: ne d'altronde potrebbe comprendersi come le cauzioni dovessero sussistere per il passato, mentre per l'avvenire possono gli immessi far tutto sul patrimonio dell'assente.

128. Pronunziata la immissione definitiva i poteri degli aventi diritto divengono illimitati sia riguardo ai rapporti tra loro, sia relativamente ai rapporti coi terzi. Lo stabilisce l'*Art.* 37 » possono » procedere a divisioni definitive e di- » sporre dei beni liberamente. » — E di fatti la immissione definitiva presenta tra gli *immessi* la imagine di una *successione aperta;* quindi facoltà in loro di procedere alle divisioni delle quote respettive definitivamente assicurando il proprio interesse in quel modo, che reputeranno migliore.

129. Ma riguardo ai terzi gli *immessi in possesso* quale qualità rivestono, sono essi eredi, sono proprietari?... Non sono

(18) *Astengo Cod. Civ. Art. 38.*

eredi perchè l'assenza a veruna epoca è causa della successione propriamente detta. Non sono proprietari veri e propri, perchè la immissione definitiva non è contemplata dal Codice come uno dei modi di acquistare la proprietà *(Art. 710)*. Il diritto degli immessi è un diritto *sui generis*, in cui vi è mistura di proprietà sotto alcuni aspetti, di mandato sotto altri; *proprietà* sopratutto a riguardo dei terzi, *mandato* di fronte all'assente (19). — Possono pertanto vendere, ipotecare, permutare, alienare a titolo oneroso senza alcuna condizione, senza alcuna formalità, e come farebbe l'assente stesso; è questa la conseguenza necessaria della facoltà che loro accorda l'*Art.* 37 di disporre liberamente dei beni.

Ma possono gli *immessi definitivi* alienare anche a titolo gratuito, e l'assente, ritornando, avrebbe azione contro i donatari?... Certamente hanno facoltà di alienare anche a titolo gratuito ne competerebbe all'assente azione veruna contro i donatari — perchè il diritto di disporre concesso dall'Art. 37 è illimitato, e viene quindi a comprendere qualunque specie di disposizione tanto a titolo *oneroso* quanto a titolo *gratuito* — perchè, ritornando l'assente, egli è obbligato a ricevere i beni nello stato in cui si trovano, cioè tali quali si trovano, ne più ne meno, nelle mani degli immessi. — Perchè, siccome le evizioni contro i donatari non si potrebbero realizzare che con disordine e pregiudizio, così l'interesse pubblico esigerebbe, dopo una assenza così prolungata, il mantenimento assoluto di tutti gli atti senza distinzione (20).

130. Anche dopo la immissione definitiva possono gli *immessi* essere tenuti alla restituzione dei beni 1.° All'assente stesso, che ricomparisce. 2.° Ai di lui figli e discendenti 3.° A coloro che portano la prova sia della esistenza, sia della morte dell'assente ad un epoca diversa da quella, dietro la quale gli eredi e gli altri aventi diritto sono stati immessi nel possesso dei beni.

131. L'azione competente all'assente per la restituzione è imprescrittibile perchè gli immessi non hanno verso del medesimo che una proprietà resolubile; quindi tale azione *è ricevibile* in qualunque epoca. Però in quanto alla sua estenzione ed efficacia l'Art. 39 configura due ipotesi — che i beni non siano stati alienati — che siano stati alienati.

Se non sono stati alienati l'assente riprende i beni in natura nello stato in cui si trovano, e tali quali li avrà fatti l'amministrazione buona o cattiva degli immessi, e senza che i medesimi siano tenuti delle deteriorazioni o degradazioni avvenute nei fondi. Ove peraltro si trattasse di miglioramenti che avessero aumentato notabilmente il valore dei fondi, dovrebbe certamente il valore di quesit miglioramenti essere rimborsato agli immessi, perchè niuno deve arricchirsi a danno degli altri, e specialmente perchè chi fa dei lavori sopra i beni altrui, come per esempio delle *costruzioni*, ha diritto ad una una indennità (*Art.* 450 705 1150).

Se i beni poi sono stati alienati dispone l'*Art.* 39 che l'assente ha diritto « *di » conseguire il prezzo di quelli alienati, » ove sia tuttora dovuto, od i beni nei quali » sià stato investito* » — Dal che ne consegue che l'assente può ripetere i beni nei quali sia stato investito il prezzo dei beni alienati, ma non può ripetere il prezzo stesso ove sia stato pagato, e non rinvestito in modo alcuno.

132. I figli e i discendenti dell'assente possono far valere i diritti che loro competono entro i trent'anni dal giorno della immissione nel possesso *definitivo* (*Art.* 40). Però anche essi, come l'assente, devono ricevere i beni nello stato in cui si trovano.

133. Quanto a coloro che, dopo la im-

(19) *Demolomb. n.° 154.*
(20) *Duranton Tom. 1. n.° 505.*

missione definitiva, provassero il tempo della morte dell'assente ed il loro diritto a quell'epoca a conseguire i di lui beni, potranno intentare le loro azioni per la restituzione purchè non vi osti la prescrizione, che deve incominciare a decorrere dal giorno della immissione provvisoria, e salvi a favore dei possessori gli effetti della buona fede riguardo ai frutti percetti (*Art.* 41).

ARTCOLO QUARTO.

Dei diritti eventuali che siansi verificati a favore dell' assente.

134. Supponete il caso che una *successione* siasi aperta a favore dell'assente, che un *legato* sia stato lasciato a favore del medesimo. Chi dovrà raccogliere quella *successione* o quel *legato?*

Vi sono dei diritti che non possono acquisirsi a chi è chiamato a raccoglierli, se egli non esiste al momento in cui si verificano. Sono questi i diritti, che la legge denomina *eventuali*, cioè i diritti *futuri* ed *incerti*, e che sono subordinati alla condizione della esistenza dell' individuo chiamato a raccoglierli per il duplice motivo, primieramente perchè avanti la loro *apertura* questi diritti non sono ancora *nati*, e quindi non possono acquistarsi — in secondo luogo perchè tali diritti riguardano l'individuo, egli stesso e personalmente, e che non può trasmettere ad altri se non in quanto egli stesso, e personalmente gli abbia acquistati.

Ecco quindi la ragione della disposizione del nostro *Articolo* 42. » Niuno è » ammesso a reclamare un diritto in no- » me di persona di cui si ignori la esisten- » za se non provi che essa esisteva quando » quel diritto è nato. » Dal che ne consegue che chiunque intenda reclamare in nome dell'assente dei diritti *eventuali*, che siansi verificati a favore del medesimo, è obbligato provare che l'assente stesso abbia potuto raccoglierli, vale a dire deve provare che l'assente esisteva al momento in cui si aprì a di lui favore quel diritto. Ciò è conforme ai *principj* — chi afferma la esistenza o la estinzione di un diritto deve provare il fatto, che serve di fondamento alla sua pretesa — *(argom. Art.* 1312*)*.

135. Non provandosi la esistenza dell'assente al momento in cui si verificò il *diritto* la domanda di chi lo reclama in di lui nome deve dichiararsi inammissibile. Ciò non dice la legge ma è una conseguenza necessaria dal principio stabilito nel rammentato *Articolo* 42.

Ed allora cosa ne avverrà di questi diritti, e da chi saranno raccolti?... — Ecco come l'*Art.* 43 risolve questa questione » ivi. » *Aprendosi una successione* » *alla quale sia chiamata in tutto o in parte* » *una persona della cui esistenza non con-* » *sti, la successione sarà devoluta a coloro* » *coi quali tale persona avrebbe avuto diritto* » *di concorrere, od a quelli a cui spette-* » *rebbe in sua mancanza, salvo il diritto* » *di rappresentazione.* » Dalla quale disposizione si rileva 1.° Che la successione deve essere raccolta da coloro, che vi sarebbero stati chiamati se la morte dell'assente fosse stata provata. L'incertezza sopra la esistenza deve, sotto questo rapporto, equivalere per loro alla morte. Così, per esempio il legatario *sostituito volgarmente* raccoglierà il legato, se non si prova, che il legatario *primo instituito* esistesse all'epoca della apertura del legato *(Art.* 895*)*. 2.° Che è ammesso il diritto di *rappresentazione*, cioè di mettere nel posto dell'assente coloro che avrebbero diritto di occuparlo se fosse morto realmente.

136. Gli *immessi in possesso* ritengono i beni in nome dell' assente, e possono considerarsi come i di lui mandatari, e rappresentanti. Al contrario coloro che, in mancanza dell'assente, raccolgono dei diritti *eventuali* ne sono investiti in nome proprio e per loro conto personale. (*Dett. art. Art.* 43). Ne consegue pertanto che

mentre gli immessi non possono ritenere che una quota di frutti nella proporzione determinata dalla legge — hanno dei poteri limitati — e sono obbligati a prestare cauzione; gli altri invece fanno propri tutti i frutti percetti in buona fede; (*Art* 45) non viene fatta restrizione veruna alla loro proprietà, ne sono tenuti a prestare cauzione; solamente hanno l'obbligo di far procedere all'inventario dei mobili, e alla descrizione degli immobili. (*Art.* 43 *capov.*)

137. L'assente, o coloro che lo rappresentano possono reclamare i *diritti eventuali* che gli siano pervenuti contro coloro che gli hanno raccolti, di qualunque natura siano tali diritti, come *successioni, legati, rendite.* ec.

L'*Art.* 44, non parla in proposito che di *petizione di eredità*, non già perchè intenda limitare a questa le azioni competenti all'assente, ma perchè la ipotesi di una succcesione è la più frequente e la più importante.

In quanto agli effetti di questa azione, e per determinare i diritti dell'erede *vero* contro l'erede *apparente* o *putativo* bisogna aver presente, che coloro che, in mancanza dell' assente succedono nei diritti eventuali al medesimo deferiti, hanno un titolo legittimo di possesso, perchè è la legge che attribuisce loro la successione (*art.* 43). Dunque sono possessori di buona fede, e come tali non hanno altro obbligo che di restituire i beni, ritenendo a loro profitto i frutti percetti (*Art.* 45 701 703 733.)

138. Ma i beni devono restituirsi nello stato in cui si trovavano all' epoca nella quale venne raccolta la successione, oppure nello stato in cui si trovano al momento che viene intentata l'azione di *petizione?*... Argomentando dall'obbligo che la legge impone di procedere all'inventario dei mobili, o alla descrizione degli immobili, (*Art.* 43) ben può dirsi che i beni debbano restituirsi nello stato in cui erano quando si aprì la successione, poichè l'inventario non ad altro è diretto se non se a garantire la restituzione. Per altro la *buona fede* deve avere un qualche valore di fronte ai terzi, siccome lo ha di fronto al possessore per quello che riguarda i frutti percetti. E di fatti l'Art. 933 stabilisce, che se l' erede *apparente* » ha alienato in buona fede una cosa » della eredità è soltanto obbligato a re- » stituire il prezzo ricevuto, o a cedere » la sua azione contro il compratore, che » non lo avesse ancora pagato. »

139. La mala fede incomincia dal giorno in cui il possessore ha conosciuto il vizio del suo possesso, e da quel giorno è obbligato alla restituzione dei frutti. Ma se è in buona fede non è obbligato a restituire se non se quelli percetti dal momento in cui l'assente si presenta, o che vengono promosse in di lui nome le azioni competenti al medesimo (*Art.* 45 *e* 933 2.° *capov.*)

140. Il diritto dell'assente a reclamare i *diritti eventuali* ad esso devoluti non si estingue se non dopo decorso il tempo stabilito per la prescrizione, cioè dopo il lasso di trent'anni. (*Art.* 44 2135).

CAPITOLO TERZO.

Convenzioni matrimoniali.

—

SOMMARIO.

141. 142. Regimi matrimoniali.
143. 144. 145. Regime dotale — Beni parafernali — Regime della comunione.
146. 147. 148. 149. Come si regolino le convenzioni matrimoniali nel primo periodo dell' assenza.
150. Quid, se la moglie al momento della scomparsa del marito sia inabilitata o interdetta.
151. 152. Come si regolino tali convenzioni nel secondo periodo dell'assenza.
153. Come nel terzo periodo.

141. Ci siamo trattenuti a parlare degli effetti della assenza relativamente

ai tre suoi diversi *periodi* forse più di quello che interessava l'assunto speciale del nostro *Lavoro*, ma lo abbiamo fatto al solo scopo di rendere più facile e semplice la risoluzione delle moltissime questioni che possono sorgere per la competenza dei diritti al coniuge *presente* sia come erede, sia per le convenzioni matrimoniali.

142. Il nostro Codice non impone alcun sistema alla società coniugale, ma lascia alle parti la facoltà di fissare quelle forme e quelle norme che più reputino convenienti, bene inteso, nei limiti stabiliti, come in tutte le altre convenzioni. Tuttavia ha determinato le condizioni e gli effetti dei principali *regimi* matrimoniali, che i costumi, e le abitudini delle famiglie hanno, per così dire consacrate, e che d'altrondo sono come dei *tipi* ai quali si riavvicinano più o meno le clausule particolari.

Questi *tipi* o regimi matrimoniali sono tre; 1.° il regime dotale 2.° Quello che concerne i beni parafernali; 3.° Il regime della comunione.

Però nella mancanza di speciali convenzioni la regola legale è il sistema della separazione dei beni.

143. Sotto il regime *dotale* il marito ha l'amministrazione ed il godimento dei beni della moglie costituiti in dote, beni che generalmente non possono alienarsi, ammenochè ne sia stata permessa l'alienazione nel contratto di matrimonio, o vi concorra il consenso di ambidue i coniugi, e l'autorizzazione del Tribunale nei casi di *necessità*, o di *utilità evidente (Art.* 1399 1404, 1405.)

144. Tutti i beni della moglie, che non sono stati costituiti in dote sono *parafernali. (Art.* 1425). — La moglie ne ritiene il dominio, l'amministrazione, ed il godimento *(Art.* 1427), ed in proporzione di tali beni contribuisce ai pesi del matrimonio *(Art.* 138, 1426.)

145. Non può contrarsi altra comunione universale tra i coniugi se non che quella degli utili, *(Art.* 1433) ma il godimento però dei loro beni sì mobili, che immobili, presenti e futuri cade nella comunione *(Art.* 1435). — Il marito solo può amministrare i beni della comunione, e stare in giudizio per le azioni risguardanti la medesima *(Art.* 1438). — In caso di cattiva amministrazione può la moglie domandare la separazione dei beni *(Art.* 1442).

146. Sono questi i caratteri sostanziali degli accennati regimi matrimoniali, e dobbiamo conoscerne la influenza e gli effetti nei tre *periodi* dell'assenza.

A.

Primo periodo — presunzione di assenza.

147. Si è già detto, che il carattere di questo periodo è il mantenimento dello *statu quo*, ed è soltanto la *necessità* la norma di tutte le misure conservatorie e provvisorie da prendersi nell'interesse esclusivo dell'assente *(Art.* 21). — Applichiamo questo principio perciò che si riferisce alle convenzioni matrimoniali.

148. La moglie è *presunta assente.*

Se vi è regime *dotale* il marito conserva l'amministrazione ed il godimento dei beni.

Se vi ha regime della *comunione* continua ugualmente ad amministrare i beni.

Se la moglie ha lasciato dei beni *parafernali*, il marito ha diritto di assumerne l'amministrazione, e di perciperne le rendite, poichè anche con tali beni deve contribuirsi ai pesi del matrimonio *(Art.* 1426). Quando per altro si trattasse di atti eccedenti la semplice amministrazione dovrebbe il marito ricorrere al Tribunale per ottenere i provvedimenti opportuni *(arg. Art.* 136).

149. Il marito è *presunto assente.* È questo il caso che più comunemente suole verificarsi. La moglie certamente è interessata, ed ha quindi tutto il diritto di

provocare le misure conservatorie opportune tanto riguardo ai beni *dotali*, quanto riguardo a quelli della *comunione*, ove il matrimonio sia stato contratto sotto questo regime; nel primo caso perchè la *dote* ha per scopo di sostenere gli oneri del matrimonio, *(Art. 1388)* nel secondo caso perchè, non sciogliendosi la comunione se non se per l'assenza *dichiarata*, certo è che la moglie, como socio, subentra nella gestione e nella amministrazione della società *(arg. Art. 1723)*. — Allorchè poi il *presunto assente* avesse lasciati dei figli, la madre assumendo, per espressa disposizione della legge, l'esercizio della patria potestà *(Art. 46)* sarebbe allora in virtù di questo potere che verrebbe ad esercitare i diritti tutti competenti al marito. In sostanza in questo primo *periodo* il contratto di matrimonio sussiste pienamente, ed è mantenuto come tutto il restante.

150. Ma configuriamo il caso, che la moglie, al momento della scomparsa del marito, sia *inabilitata o interdetta*. Chi dovrà assumere l'amministrazione dei beni *dotali*, della *comunione* o *parafernali?...*

Se la moglie è semplicemente *inabilitata* può sicuramente assumere l'amministrazione, poichè la legge non impedisce agli *inabilitati* se non se gli atti, che eccedono la semplice amministrazione *(Art. 339)*.

Se poi fosse *interdetta*, siccome in questo caso il marito è il tutore di diritto della moglie, *(Art. 330)* così nella mancanza del medesimo incomberebbe al consiglio di famiglia di regolare la dote, o le altre convenzioni matrimoniali, e di nominare altro tutore perchè provveda alla amministrazione dei beni, *(Art. 330 2.° capoverso Art. 334)* uniformandosi, bene inteso, a tutte quelle misure, ed a quei provvedimenti, che possano venir prescritti dal Tribunale *(Art. 21)*.

B.

Secondo periodo — dichiarazione di assenza.

151. Se la *dichiarazione* di assenza, e la conseguente immissione nel possesso provvisorio presentano una specie di *apertura* di successione, la legge però regola questa situazione in modo da conciliare l'interesse dell'assente con quello degli *immessi* in possesso in maniera di assicurare all'assente, pel caso che abbia luogo, la restituzione del suo patrimonio, lasciando soltanto agli immessi una parte considerevole dei frutti.

La disposizione dell'*Art.* 26 4° *capov.* è la *norma* che il legislatore ha stabilito relativamente alle convenzioni matrimoniali in questo secondo periodo dell'assenza — ivi — " *Il coniuge dell'assente,* " *oltre ciò che gli spetta in forza delle* " *convenzioni matrimoniali, e per titolo di* " *successione, può in caso di bisogno, ot-* " *tenere dal tribunale una pensione alimen-* " *taria.* "

Tali convenzioni per l'assenza dichiarata di uno dei coniugi rimangono provvisoriamente disciolte, sia che si tratti di regime *dotale*, o della *comunione*, sia che si tratti di beni *parafernali*. Anzi in quanto al regime della comunione l'*Art.* 441) contempla l'assenza *dichiarata* come causa di scioglimento della comunione stessa.

Abbiamo detto, che le convenzioni matrimoniali rimangono provvisoriamente disciolte perchè a ciò si presta il senso del rammentato *Articolo* 26, il quale mette alla pari le convenzioni matrimoniali ed i *diritti* di successione. Ora è certo che i diritti di successione non si esercitano che provvisoriamente. Di più per la esplicità disposizione dell'*Art.* 33 certo è ugualmente che cessano gli effetti della *dichiarazione* di assenza, se l'assente ritorna o viene provata la sua esistenza. Lo scioglimento delle convenzioni matrimoniali non è che

uno degli effetti di tale dichiarazione; dunque tale dissoluzione non può essere che provvisoria.

152. Supposto pertanto il caso, che il coniuge *presente* sia il marito e che si tratti di beni *dotali* egli ne perde l'amministrazione ed il godimento. Se si tratta di regime della *comunione* questa rimane disciolta. Però ha il diritto, come erede *legittimo* della moglie di essere immesso nel possesso provvisorio di tutti i beni spettanti alla medesima o solo, o unitamente agli altri coeredi.

Nella ipotesi contraria, della assenza cioè del marito, la moglie torna al possesso ed al godimento di tutti i suoi beni ed ugualmente come erede *legittima* ha diritto di ottenere la immissione nel possesso provvisorio dei beni del marito.

Tanto nell'una, che nell'altra ipotesi il coniuge *presente* potrà ottenere ciò che sia stato convenuto nel contratto di matrimonio a titolo di lucro dotale *(Art.* 1398*)* e più potrà ottenere dal Tribunale, in caso di bisogno, una pensione alimentaria da determinarsi secondo la condizione della famiglia e la entità del patrimonio dell'assente. *(Detto Art.* 26 4.° *capoverso).*

C.

Terzo periodo — immissione nel possesso definitivo.

153. Giunto questo periodo niun ostacolo, resultante dalle convenzioni matrimoniali, può arrestare il libero corso degli immessi nel possesso definitivo. — La *dote* diviene un capitale libero della moglie. — Può la medesima disporre liberamente dei suoi beni parafernali. In sostanza in quanto alle convenzioni matrimoniali è lo stesso, che il matrimonio fosse sciolto.

CAPITOLO QUARTO.

Dei figli dell'assente.

SOMMARIO.

154. Nell'assenza del marito la moglie assume l'esercizio della patria potestà.

155. Se possa esercitare questo potere su i figli che il marito abbia avuto da un precedente matrimonio.

156. La madre esercita tutti i diritti competenti al padre sia riguardo alla persona, che ai beni dei figli.

157. Quid nei casi che la madre non sia 'vivente quando si verifica la presunzione di assenza, o che muoia prima che l'assenza sia dichiarata, o che sia nella impossibilità di esercitare la patria potestà.

158. Quid, ove si verifichi l'assenza di ambidue i coniugi.

154. Il nostro Codice *(Art.* 220*)* ha consacrato il principio della uguaglianza di autorità dei genitori su i propri figli; ma ad evitare un dualismo, che poteva essere fomite di dissidi e di pericoli per la famiglia, ha stabilito, che durante il matrimonio, questa autorità debba esercitarsi dal padre, e se egli non possa esercitarla, dalla madre.

Coerentemente a questo principio statuisce l'Art. 46 » ivi » Se il presunto » assente lascia figli in età minore, la » loro madre assumerà l'esercizio della » patria potestà a norma dell'Art. 220. » — Quindi fino dal momento della disparizione del padre, e lo dice chiaramente detto Articolo » *se il presunto assente lascia figli,* » la madre assume l'esercizio dei diritti di patria potestà, e vi continua nel progressivo svolgersi dei diversi periodi dell'assenza fino a che, per l'età dei figli, non si faccia luogo alla cessazione del potere paterno.

Ne potrebbe dirsi che avendo l'*articolo* 46 parlato di presunzione di assenza, dovesse limitarsi a questo periodo l'esercizio della autorità paterna nella madre, perchè una volta assunto questo potere deve continuarne l'esercizio, militando la

stessa ragione, quella cioè di provvedere alla cura dei figli, ed alla amministrazione dei loro beni; tanto più, che l'*Art.* 220 senza distinzioni o eccezioni di sorta chiama la madre ad esercitare la patria potestà quando il padre sia impossibilitato ad esercitarla.

155. Ma la moglie esercita questo potere anche su' i figli che il marito assente abbia avuti da un precedente matrimonio?

Se si dovesse argomentare semplicemente dall'*Art.* 220, ove si parla in genere di figli — si attribuisce su'i medesimi al padre i diritti di patria potestà, — si deferisce l'esercizio di questo potere alla madre, quando il padre sia nella impossibilità di esercitarlo, non sarebbe forse irrazionale ritenere che il coniuge presente subingreda nel pieno ed assoluto esercizio della potestà competente al coniuge assente, e quindi anche nei diritti di patria potestà su' i figli di un precedente matrimonio. Però l'*Art.* 46 parla di figli nati dal comune matrimonio » *se il* » *presunto assente lascia figli in età mi-* » *nore la loro madre assumerà l'esercizio* » *etc.;* » perlochè è di necessità dedurne, che i figli nati da un precedente matrimonio non rimangono sottoposti alla autorità della matrigna. La legge infatti non può aver fiducia nell'affetto del nuovo sposo per rimettergli di pieno diritto la sorveglianza dei figli di un primo matrimonio del suo coniuge: in più casi si mette in guardia contro la di lui influenza non sempre paterna; (*Art.* 232. 238) d'altronde i semplici rapporti di affinità non possono attribuire al patrigno o alla matrigna dei diritti sulla persona e sui beni dei figli dell'altro coninge. Ed allora come dovrà provvedersi?.... Certamente colla nomina di un tutore nel modo stabilito dall'*Art.* 47.

156. Essendo la madre investita della autorità, paterna ne consegue, che essa esercita tutti i diritti che si competevano al marito tanto riguardo alla persona dei figli, quanto ai loro beni.

Perciò che concerne la persona dei figli la madre gli rappresenta in tutti gli atti civili, (*Art.* 224) provvede alla loro educazione, ed istruzione, (*Art.* 138) provoca tutte le misure occorrenti quando non riesca a frenarne i traviamenti, (*Art.* 222) presta il consenso al loro matrimonio, senza bisogno di ricorrere alla autorità giudizaria; (*Art.* 63 1.° *capoverso*) e può ancora emanciparli, non essendo questo un diritto esclusivo del padre, ma bensì del genitore che esercita la patria potestà (*Art.* 311 314 315).

In quanto ai *beni* la madre gli amministra e ne ha l'usufrutto come si competeva al padre, (*Art.* 231) perchè l'usufrutto legale è il compenso, la indennità delle pene e delle cure per la educazione dei figli, e per l'amministrazione dei loro beni. Ora è la madre che assume queste cure e queste pene, dunque deve raccogliere la ricompensa » *ubi onus, ibi emo-* » *lumentum esse debet.* »

157. Fin qui della regola generale stabilita dall'*art.* 46, cioè che il coniuge presente sia la madre; ma l'*articolo* 47 contempla la eccezione a questa regola o configura tre ipotesi. 1.° Che la madre non sia vivente quando si verifica la presunzione di assenza. 2.° Che muoia prima che l'assenza sia dichiarata 3.° Che sia nella impossibilità di esercitare la patria potestà.

Se la madre non è vivente quando si verifica la presuuzione di assenza del padre, il consiglio di famiglia conferisce la cura dei figli minori agli ascendenti prossimi, cioè all'avo paterno o matorno, ed in loro mancanza ad un tutore temporaneo (*Art* 47).

Lo stesso ha luogo se la madre è vivente quando scomparisce il padre; ma viene a morire prima che l'assenza sia *dichiarata.* Ma si supponga il caso, che la madre abbia nominato per testamento un tutore ai figli. Avrà vigore ed efficacia questa disposizione della madre? — Il diritto di nominare un tutore spetta a

quello dei genitori che rimane superstite (*Art.* 242). Ora la morte del coniuge, che è scomparso non è ancora nè provata ne presunta; dunque non vi è luogo alla tutela *testamentaria*, tanto più che colla nomina a tutore dell'ascendente più prossimo, o di un tutore temporaneo non si fa luogo ad una vera e propria tutela.

Ugualmente la cura dei figli minori viene conferita agli ascendenti o ad un tutore temporaneo se la madre è nella impossibilità di esercitare la patria potestà, per esempio se fosse interdetta.

158. Gli *articoli* surramentati 46 e 47 non contemplano, cho il caso della assenza di uno doi coniugi. Può però verificarsi l'assenza di ambidue. Come dovrà provvedersi ai figli minori?.... Riteniamo che debba provvedrsi come nel caso contemplato dal dotto *Art.* 47 della impossibilità cioè della madre ad esercitare la patria, potestà, poichè gli effetti non possono variare o che essa sia assente, o che sia nella impossibilità di esercitare la patria, potestà.

TITOLO QUARTO.

Del matrimonio.

OSSEVAZIONI PRELIMINARI,

SOMMARIO.

159. Matrimonio — sua origine.
160. Concetto del matrimonio legittimo.
161. Consacrazione religiosa.
162. Caratteri che distinguono il contratto dal Sacramento.
163. Diritto della Autorità politica di regolare questo contratto.
164 165. 166. Cenni storici.
167. Disposizioni del nostro Codice.

159. La generale inclinazione che trasporta un sesso verso l'altro, e che produce la loro congiunzione è la origine del matrimonio: non congiunzione istintiva o fortuita, ma accompagnata dal sentimento, dalla scelta, dalla preferenza, doti proprie degli esseri capaci di sentimento, e di ragione. Da questa unione creata dal piacere, e dall'amore nascono vincoli e rapporti tra l'uomo e la donna — la reciproca assistenza — la protezione, la difesa per parte dell'uomo — la sommissione, la obbedienza per parte della donna; vincoli e rapporti che si afforzano e si aumentano colla procreazione ed educazione dei figli (1). Bene pertanto disse il più grande Oratore della antichità, che il primo anello della società è nel congiungimento dei sue sessi, il secondo nei figli (2).

160. Tale unione che viene a formarsi tra i due sessi all'oggetto di perpetuare la *specie*, di prestarsi vicendevole soccorso nei pesi della vita, e dividere il loro comune destino, ò un contratto che ha preceduto le leggi positive, e che porta una data antica quanto l'uomo.

Ma un atto di tale natura non poteva abbandonarsi alla licenza delle passioni; dovevansi rendere durature queste unioni, sanzionarne i diritti e le obbligazioni sia riguardo ai contraenti, sia riguardo alla prole perchè, per il matrimonio, si creano le famiglie, le quali poi compongono la società; ed essendo la popolazione il primo bisogno di uno Stato, il matrimonio, come sorgente più pura, ne è anche la più feconda. Necessità quindi di leggi positive regolatrici di questo contratto; ed ecco il concetto delle *giuste nozze*, del matrimonio *legittimo* (3).

161. In cosa di tanta importanza le nostre speranze, i nostri timori ci eccitano a chiamare in soccorso la religione, che

(1) *Leg. 2. ff. de iniuriis. « Quia defendi « uxores a viris, non virosab uxoribus equum « est. »*
— Instit. Tit. 2. in princ. « Hinc descen« dit maris atque foeminae coniunctio, quam « nos matrimonium appellamus; hinc libero« rum procreatio, hinc educatio. »

(2) *« Cum sit hoc comune animantium, ut « habeant lubidinem procreandi, prima societas « in ipso coniugio, proxima in liberis. » Ciceron. de officiis.*
Lib. 1 cap. 18.

(3) *Leg. 1. ff. de rit. nupt.*

stabilita tra il cielo e la terra per riempire lo spazio immenso che gli divide, si fa gloria di essere stata data agli uomini non per cangiare l'ordine della natura, ma per nobilitarla e santificarla.

Presso tutti i popoli infatti i connnbi ricevettero una consacraziona di riti religiosi. — La Religione Cattolica ha elevato il matrimonio alla dignità di Sacramento. Per lo chè si può ben dire, che il matrimonio deve la sua instituzione alla natura, la sua perfezione alla legge, la sua santità alla Religione.

162. Nè per essere il matrimonio un Sacramento cessa di essere un contratto civile soggetto necessariamente, come tutti gli altri contratti, alla pubblica autorità. — Il concetto dell'uno non distrugge quello dell'altro essendo due cose ben separate e distinte. Il *contratto*, come dicono i dottori, è la *materia* del Sacramento, il quale non riveste che la qualità di *accessorio*, e che può separarsi dal primo (4). — Ed infatti il favore e le benedizioni del cielo, che noi imploriamo sull'atto più importante della vita perderobbero il loro vero carattere di *atto religioso* se non fosse la emanazione libera del cuore, ma fosse piuttosto un atto di obbedienza ai regolamenti, ed al potore degli uomini.

163. Ammesso, come è indubitato, che il matrimonio è la origine della famiglia, che l'aggregato delle famiglie costituisce lo *Stato*, che la popolazione è il bisogno di questo *Stato*, e che il matrimonio ne è la sorgente più feconda e più pura, egli è evidente il diritto nella Autorità politica di regolare questo contratto nella sua essenza, nelle sue condizioni, nei suoi effotti.

Ma ciò non basta. — La libertà dei culti, la libertà delle coscienze sono le garanzie più importanti doi diritti doi cittadini. Agli occhi del Legislatore tutti i cittadini, qualunque sia il culto da loro professato, sono uguali: egli non può dettar norme speciali per un culto piuttostochè per un altro; il suo scopo non può essere altro che il bene e l'interesse generale della Nazione; e poichè la Provvidenza non impedisce, anzi senza dubbio non rigetta voti offerti con intenzioni pure, e tollera la diversità dei *culti*, così conviene che il Legislatore, seguendo il suo esempio, separi dal contratto civile tuttociò che riguarda un ordine più sublime.

164. La *potestà secolare* ha sempre goduto del diritto di far leggi sul matrimonio. — Teodosio lo proibì tra i cugini germani. — Giustiniano fece della *affinità spirituale* un impedimento dirimento. — Valentiniano, Valente, Teodosio, ed Arcadio stabilirono quale impedimento la *disparità del culto*, (5) senza che venissero tali leggi riguardate come invasioni della potestà Ecclesiastica (6).

La Chiesa però valendosi della grande preponderanza acquistata sopra il *Laicato* nella ignoranza del *medio evo*, ed avendo pressoche assorbita la legislazione o la giurisdizione matrimoniale per tolleranza ed acquiescenza della Sovranità civile, volle sui reclami dei Principi Cristiani, porre un freno ai matrimoni così detti *clandestini*, ed il Concilio di Trento *(Sessione 24)* dichiarò invalidi e nulli i matrimoni che non fossero celebrati davanti il Parroco, ed a due testimoni.

Su questa decisione del Concilio ci piace riportare la opinione di Pothier (7). « *Sebbene* (egli dice) *la forma prescritta* » *dal Concilio pei matrimoni sia savissima,* » *e quindi sia stata adottata dalle ordi-* » *nanze dei nostri Re.... tuttavia il Conci-* » *lio eccedette i suoi poteri dichiarando di* » *sua sola autorità nulli i contratti di ma-*

(4) *Sanchez de matrimon. Lib 8 Disput. 3. n.° 2, Vedi Pothier — del matrimonio Cap. 3. N.° 14.*

(5) *Leg. 26. Cod. de nupt. — Leg. 6. Cod. de judaeis.*

(6) *Sanchez. Lib. 8, Disput. 3. n.° 2.*

(7) *Tratt. del matrim. P. 4. Cap. 1. §. 4. n.° 318.*

» *trimonio nei quali essa non fosse stata*
» *osservata; avvegnachè i matrimoni, in-*
» *quanto contratti appartengono, come tutti*
» *gli altri contratti civili, all'ordine politi-*
» *co, e sono perciò di competenza della po-*
» *testà secolare, e non di quella del Conci-*
» *lio, al quale non ispettava di statuire sulla*
» *loro validità o invalidità.*

165. Ciò non ostante, la riforma matrimoniale Tridentina divenne il diritto *comune* in Italia, ove era ormai invalsa la generale opinione, che quanto riguardava le leggi ed i giudizj del matrimonio fosse affare in tutto religioso e sottratto pienamente alle leggi, ed ai Magistrati dello Stato.

Ma questa opinione col risorgere delle scienze e delle arti venne sottoposta ad esame. — Le riforme di Giuseppe II, in Germania, ed in Lombardia, di Loopoldo I, in Toscana, e la rivoluzione Francese del 1789, rivendicarono alla società civile la parte che le appartiene, distinguendo nettamente il concetto del matrimonio *civile* da quello *religioso*.

Tale sistema venne esteso a tutta l'Italia continentale colla promulgazione fattavi del Codice Napoleone, e fu accolto senza difficoltà dai popoli ed osservato senza inconvenienti (8).

166. Caduto l'Impero Francese il matrimonio civile venne abolito e tornarono ad aver vigore le decisioni del Concilio di Trento.

167. Il nostro Codice riguardando il matrimonio come un' alta istituzione civile ne regola tutta la materia, rilasciando alla piena libertà dei contraenti di rivestirlo di quelle cerimonie che corrispondano alle loro credenze. Lungi quindi da invadere le attribuzioni della Autorità Ecclesiastica ha mirabilmente separato e distinto i due *poteri*, rivendicando ciò che si spetta all'interesse generale della Nazione. Ne il Legislatore avrebbe potuto rendere obbligatorio l' adempimento doi doveri religiosi senza falsare e deturpare l'indole di tali doveri, che consacrati da più alta sanzione, la quale guarda più al cielo che alla terra, non abbisognano dell' appoggio o del concorso di una potenza d'ordine affatto diverso (9).

168. Premesse tali avvertenze scendiamo ad esaminare questa materia del matrimonio per quello che ne riguarda. 1.° L'essenza. 2.° La celebrazione. 3.° Gli effetti.

SEZIONE PRIMA.

Condizioni necessarie per contrarre matrimonio.

—

SOMMARIO.

169. Chi possa contrarre matrimonio. — Divisione degli impedimenti in fisici, e morali.

169. Ognuno può contrarre matrimonio se non gli osta qualcuno degli impedimenti contemplati e stabiliti dalla leggo.

Il nostro Codice nel determinare e stabilire questi impedimenti si attiene a quelli soltanto che hanno la loro ragione nell'interesse civile, ossia nel bene pubblico della società, nel *bene* privato delle famiglie, e nei principii di morale e di decenza, lasciando alla coscienza dei credenti gli impedimenti, che sono propri di quosto. o di quol culto (10).

Quindi tali impedimenti possono rettamento dividersi in due grandi categorie, in *fisici*, cioè, e *morali*.

CAPITOLO PRIMO.

Impedimenti fisici.

—

SOMMARIO.

170. Ragione di tali impedimenti.
171. 172. Difetto di età.
173. Perchè non siasi stabilito un limite di età oltre al quale non potesse contrarsi matrimonio.
174. 175. Impotenza.

(8) *Relaz. della Commiss. Senat. sul progetto del Cod. Civ.*

(9) *Detta Relaz.*

(10) *Relaz. della Commiss. Senat.*

170. Il fine principale del matrimonio è la procreazione dei figli e la propagazione della *specie*. — Di più essendo un contratto non può formarsi che col consenso delle parti contraenti. Quindi la *impubertà*, la *impotenza*, e la *mancanza di ragione* sono impedimenti *fisici* che ostano alla sua celebrazione. Classiamo tra gli impedimenti *fisici* la *mancanza di ragione*, non già perchè costituisca una infermità fisica vera e propria, ma perchè essendo accompagnata sempre da eccitamento delle forze vitali agisce necessariamente sull'organismo.

A.

Difetto di età.

171. La *pubertà* ossia la età nella quale si forma quello sviluppo fisico e morale necessario per i fini del matrimonio varia secondo i diversi climi, ed anche sotto lo stesso clima varia nei diversi individui, o per il genere di educazione ricevuta, o per i *luoghi* abitati nella loro infanzia.

Le leggi Romane e le leggi Canoniche presumevano la *pubertà* agli anni dodici nelle femmine, agli anni quattordici nei maschi (11).

Questa *presunzione*, e questa età era negli usi e nelle tradizioni in quasi tutte le provincie d'Italia, prima della loro unificazione legislativa.

L'articolo 55 del nostro Codice ha però prescritto, che non possono contrarre matrimonio l'uomo prima che abbia compito gli anni diciotto, la donna prima degli anni quindici ugualmente compiti. Nell'allontanarsi dagli usi e dalle consuetudini invalse il Legislatore ha avuto certamente in mira uno scopo *igienico*, ed uno scopo *morale*. Raramente infatti prima di detta età si verificano quelle condizioni di completo sviluppo e di robustezza, che tanto giovano non solo alla salute degli sposi, ma ancora alla sanità e robustezza dei figli che possono nascere. È ben difficile inoltre, prima di detta età, che gli sposi abbiano quel grado di volontà ragionata che li rende capaci a contrarre un legame gravissimo e perpetuo, e quel corredo di moralità, e di senno che è indispensabile per diventare buon coniuge, e buon padre di famiglia (12).

172. La prescrizione dell'*Art.* 55 è assoluta, e solo ne viene temperato il rigore dalla facoltà data al Re di dispensare da tale *impedimento (Art.* 68*)*. L'esercizio per altro di questa facoltà deve avere le sue norme, poichè quanto sarebbe conveniente l'usarla nel caso in cui il vigore particolare dell'impubere avesse anticipato in esso lo sviluppo delle forze fisiche, altrettanto sarebbe irrazionale nel caso contrario perchè in opposizione collo scopo e col fine del matrimonio. Ecco quindi la ragione di concedere questo diritto al Re, e non ad altri onde non se ne faccia uso con troppa facilità; (13) ed ecco anche perchè detto *Articolo* 68 ne limita l'esercizio » ivi » *quando concorrano » gravi motivi.* »

173. Se la legge ha stabilito un limite di età, prima di aver raggiunto il quale non può validamente contrarsi matrimonio, non si è pensato a stabilirne un altro, oltrepassato il quale non si potesse più contrarlo, poichè sarebbe stato un vincolo alla liberta dei cittadini, che se poteva aver riscontro nelle Leggi Roma-

(11) *Instit. Tit. de nupt. — Cap. 2. 3. ult. Extrav. de despons. impub.*

(12) *Proces. verb. della Commis. Legislativ. pag. 59.*

(13) *Detta Relaz.*

ne, (14) non avrebbe però trovato ragione di essere negli usi e nei costumi della moderna civiltà.

B.

Impotenza.

174. La impotenza è il secondo degli impedimenti *fisici* che ostano al matrimonio.

175. Hanno opinato alcuni che niuna specie d'impotenza può motivare la nullità di una unione legalmente celebrata, (15) e questa loro opinione può forse trovare un appoggio nel princiipio insegnato da Ulpiano, che alla essenza del matrimonio basta il consenso dei contraenti (16).

Pensano altri, che la impotenza sia causa di nullità allorchè il suo *principio* consiste in nn difetto o in una innormalità di organizzazione fisica apparente e manifesta (17).

Finalmente vi sono coloro che distinguendo fra impotenza *naturale*, ed impotenza *accidentale*, ammettono soltanto quest'ultima come causa di nullità (18).

176. Se si riflette, che la prova del fatto della impotenza è il più delle volte la sorgente di procedure, e di *istruttorie* scandalose, certamente dovrebbe, nell'interesse del pudore e della moralità, abbracciarsi la opinione di coloro che negano ogni azione di *nullità*. Ma riguardata la questione in un ordine più elevato di idee, ed ammesso che il matrimonio è un alta istituzione sociale diretta alla propagazione e perpetuazione della *specie*, è necessità ritenere la *impotenza* come causa impeditiva del matrimonio.

177. Informato a questi principii il nostro Codice *(Art. 107)* ammette la *impotenza* come causa di nullità, ma si astiene dal determinarne l'indole e la natura speciale. E tale astensione ci sembra giustissima. Difatti si può essere impotenti alla congiunzione e conseguentemente alla generazione; si può essere abili alla congiunzione, e non alla generazione. *L'unione* è la causa, la *generazione* l'effetto. — La legge non può alzare il velo misterioso, che copre l'opera più maravigliosa della natura. Essa non può cho constatare dei fatti, o su questi fondare le sue norme e le sue regole. Ora il fatto che può prendere di mira il legislatore non può essere se non se quello che si riferisce alla *causa*, non già quello che può riferirsi all'*effetto*, perchè lo attribuire la *sterilità* del matrimonio alla debolezza degli organi o dei vizi di conformazione non sarebbe che un giudizio fondato esclusivamente su congetture, che sovente potrebbero venire smentite dai fatti. — L'impotenza adunque che può dare motivo alla nullità non può essere che la impotenza alla congiunzione corporea. Ed è perciò che riteniamo come il detto *Articolo* 107 parlando di impotenza abbia inteso e voluto riferirsi esclusivamente alla impotenza al congiungimento.

178. Perchè la impotenza possa costituire impedimento al matrimonio, o causa di nullità, bisogna che sia *manifesta* e *perpetua*. È questa la condizione richiesta dall'Art. 107, cioè — deve essere vera, reale, apparente, come, per esempio, nel caso di *evirazione* (19) — deve essere incurabile, poichè se la scienza o l'arte potessero porvi rimedio non sarebbe più luogo a parlare di impedimento.

Oltre a ciò la impotenza deve essere anteriore al matrimonio; avvenuta posteriormente non è causa di nullità per

(14) *Ulpiano Fragm. tit. 16. §. 1. « Item si « utrique lege Papia finitos in matrimonio an- « nos excesserint, id est, vir sexaginta ann., « uxor quinquaginta. »*

(15) *Favard de Langlade (Rep. v.° mariage) Tom. 3. pag. 437.*

— Genes. 7. Mars. 1811. Gazzone.

— Riom 30 juin 1828. Tressange.

(16) *Leg. 30. ff. de reg. juris. « Nuptias « non concubitus, sed consensus facit. »*

(17) *Merlin. Repert. v.° impuissance — Marcadè Tom. 2. pag. 41.*

(18) *Toullier. Le droit Francais Tom. 1. n.° 526.*

(19) *Leg. 39 §. 1. ff. de jur. dot.*

la ragione, che nel suo principio il matrimonio non fù affetto da tale vizio.

C.

Mancanza di ragione.

179. È certo per i principii di ragion comune, come l'individuo che si trova in stato di demenza o di furore non può contrarre matrimonio, perchè è incapace di prestare un consenso, che è della essenza del contratto (20).

L'Articolo 61 del Codice ha certamente voluto uniformarsi a questi principii disponendo che » *non possono contrar-* » *re matrimonio gli interdetti per infermità* » *di mente;* » ma parlando semplicemente di interdetti fa sorgere ragionevole il dubbio se a questi soltanto debba limitarsi la proibizione. Però se la *lettera* della disposizione può forse prestarsi a tale intelligenza, lo spirito per altro dimostra ad evidenza che diversa è stata la mente del Legislatore.

E qui giova avvertire che il nostro Codice senza occuparsi della specie e del grado della alienazione mentale, come fa il Codice Napoleone, *(Art.* 489*)*, stabilisce — che lo abituale infermità di mente la quale renda incapace a provvedere ai propri interessi è causa di *interdizione* *(Art.* 324*)* — che la infermità di mente il cui stato non sia talmente grave da far luogo alla interdizione è causa di *inabilitazione (Art.* 339*)*.

Ciò premesso egli è certo, che la legge parlando di *interdetti* intende parlare di coloro che per una malattia mentale sono incapaci di prestare un libero consenso. Non potrebbo razionalmente ammettersi che la proibizione dovesse limitarsi soltanto a quelli contro dei quali è stata pronunziata la interdizione e non estendersi a coloro che, inabili a prestare qualunque consenso, non sono stati per anco dichiarati interdotti da una pronunzia giudiziale. Sarebbe questa tale contradizione da non potersi dare maggiore.

Ma, come abbiamo detto, la mente e lo spirito della Legge non è questo. Essa, partendosi dal presupposto che ogni infermo di mente debba essero interdetto, contempla il caso che, nel suo concetto, deve comunemente verificarsi, ma non esclude gli altri casi, i casi cioè che ancora non sia emanata una pronunzia giudiziale.

E che ciò sia lo dimostrano chiaramente. 1.° L'Art. 83, ove, senza far parola di interdizione, si concede facoltà di fare opposizione al matrimonio » ivi » *per* » *la infermità di mente di uno degli spo-* » *si.* » 2.° L'*articolo* 112 col quale si ammette il diritto di impugnare il matrimonio tanto che siavi la sentenza definitiva di interdizione quanto » *se la infermità* » *per cui la interdizione fu poscia pronun-* » *ziata risulta esistente al tempo del ma-* » *trimonio.*

180. Il matrimonio contratto in un lucido intervallo da una persona alienata di mente sarà valido?...

Riguardata la questione dal sno lato razionale potrebbe forse rispondersi per l'affermatiua. Infatti la incapacità dell'*insensato* non è fondata che sopra la presunzione che egli non può prestare consenso: se questa presunzione fosse distrutta dalla prova contraria, se il consenso dato in un lucido intervallo apparisse rivestito di tutti i caratteri che potrebbero farlo reputare intelligente e libero, i Giudici dovrebbero riconoscere la validità del matrimonio.

Ma riguardata praticamente, e di fronte alle disposizioni del nostro Codice non può che risolversi negativamente.

L'interdetto (e non si da interdizione se non se per infermità di mente) non può fare testamento *(Art.* 763*)* — non può contrattare *(Art.* 1106*)* — e tanto meno può contrarre matrimonio *(Art.* 61*)*. La legge in tutti questi diversi casi senza fare distinzione veruna, dichiara nulli tutti gli atti posti in essere dall'inter-

(20) *Leg. 16. §. 2. ff. de rit nupt. — Paul. Recept. Senten. Lib. 2. Tit. 19. §. 4.*

detto *(Art. 335)*. Di più anche quando la istanza per la interdizione sia soltanto promossa, la celebrazione del matrimonio rimane sospesa finchè non sia stato pronunziato definitivamente *(Art. 61 capov.)* Ora se in tale ipotesi, in cui per non essere ancora provata la dedotta infermità mentale la presunzione sta tutta a favore dell'interdicendo, la Legge gli inibisce di contrarre matrimonio, potrà ben dirsi che debba essergli impedito anche nei lucidi intervalli di cui possa godere, perchè rimarrà sempre il dubbio che realmente in quei dati periodi possa l'interdetto riacquistare la pienezza delle sue facoltà mentali.

181. Dobbiamo anche qui avvertire che la infermità di mente verificatasi dopo contratto il matrimonio non può essere causa di nullità.

182. In quanto ai *sordo-muti* essi sono capaci di contrarre matrimonio purchè siano in stato di manifestare la loro volontà in modo non equivoco, inquantochè la validità del matrimonio non dipende punto dalle *parole* ma dal conseuso espresso anche per soli segni esteriori (21).

Il decreto per l'ordinamento dello *stato civile* del 15 Novembre 1865. *(Art. 76 98 e 99)* stabilisce le norme per i matrimoni dei sordo-muti. — In ogni caso poi incombe ai tribunali lo esaminare, secondo le circostanze, se il sordo-muto era capace di manifestare in qualche modo la sua volontà, e se l'abbia realmente manifestata.

CAPITOLO SECONDO.

Impedimenti morali.

—

SOMMARIO.

183. 184. Divisione di questi impedimenti in assoluti e relativi.
185. Non può contrarsi un secondo matrimonio finchè perdura il primo — Ragione della proibizione.
186. La bigamia è annoverata tra i delitti.
186. bis. 187. 188. 189. Caratteri che deve avere il primo matrimonio per produrre la nullità del secondo — Ipotesi che possono figurarsi in proposito.
190. La vedovanza recente è altro impedimento al matrimonio.
191. Quando cessi la ragione della proibizione.
192. 193. Quid, se la vedova durante il periodo del lutto contrae un nuovo matrimonio.
194. 195. 196. 197. Necessità del consenso degli ascendenti al matrimonio dei figli.
198. Disposizioni speciali del Codice.
199. 200. 201. 202. Morto uno dei genitori o impossibilitato a prestare il consenso basta il consenso dell'altro.
203. 204. Nella mancanza dei genitori spetta agli avi, e alle avole di prestare il consenso al matrimonio dei discendenti.
205. Quando spetti al consiglio di famiglia.
206. Quid nel caso di figli naturali.
207. Limiti al potere concesso agli ascendenti.
208 Matrimonio dei militari in attività di servizio.
209. Matrimonio dei Principi e Principesse Reali.
210. Parentela — sue divisioni.
211. Modo di conoscere la distanza nella parentela.
212. 213. 214. Linea retta — divisione — computo dei gradi.
215. 216. 217. In linea retta il matrimonio tra ascendenti e discendenti è proibito in qualunque grado.
218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. Proibizioni nella linea collaterale.
227. 228. 229. 230. L'affinità in linea retta è impedimento al matrimonio.
231. 232. Fino a qual grado si estenda la proibizione nella linea callaterale.
233. Se da una unione illegittima possa nascere l'affinità, ed ostare al matrimonio.
234. Quid nel caso di un matrimonio dichiarato nullo.
235. Parentela civile.
236. 237. L'omicidio volontario è impedimento al matrimonio.
238. 239. L'adulterio non costituisce più un impedimento.
140. Ugualmente non formano più impedimento la disparità del Culto, e gli Ordini Sacri.

183. Gli impedimenti *morali*, che ostano alla celebrazione del matrimonio, e che hanno la loro ragione di essere nell'interesse civile possono suddividersi in *assoluti* e relativi. — Diciamo *assoluti* quelli che

(21 (*Toullier. n.° 503.*

ostano a qualunque matrimonio finchè sussistono; *relativi* quelli che non pongono ostacolo al matrimonio in generale ma si oppongono a che un individuo lo possa contrarre con alcune determinate persone per esempio, con un parente, con un affine etc.

Degli impedimenti contemplati dal nostro Codice possono riferirsi alla prima specie quelli che riguardano — il matrimonio preesistente — la vedovanza — e la mancanza del consenso degli ascendenti. Possono riferirsi alla seconda specie quelli concernenti — la parentela, l'affinità — e l'omicidio volontario.

184. Esamineremo ciascuno di tali impedimenti in altrettanti *articoli*.

ARTICOLO PRIMO.

Matrimonio precedente.

185. Chi è vincolato da un precedente matrimonio non può contrarne un secondo. È disposizione chiara ed esplicita dell'*Art.* 56, e che trova il suo appoggio nelle *dottrine cattoliche*, nei nostri costumi, nella ragione e nel fine stesso del matrimonio.

Il matrimonio per la primitiva sua instituzione fu stabilito per essere la unione di un sol uomo con una sola donna — *erunt duo in carne una.* — Un tal principio ritenuto ed insegnato dai Padri della Chiesa, (22) era già stato accolto dalle leggi Romane per le quali il *bigamo* incorreva *ipso jure* l'infamia, (23) e si è mantenuto nei nostri costumi, non riconoscendosi matrimonio se non se nella unione di un sol uomo con una sola donna.

La *poligamia*, ossia la pluralità di più mogli, non è vantaggiosa alla propagazione della *specie* perchè, è un fatto, che laddove è permessa la popolazione decresce anzichè aumentare: non è vantaggiosa ad alcuno dei due sessi, inquantochè turba l'ordine delle famiglie, non potendo il padre e la madre avere il medesimo affetto per la loro prole. È dannosa poi tanto fisicamente, quanto moralmente — perchè le forze dell'uomo sono limitate — perchè porta alla dissolutezza, seguendo della lussuria come della avarizia, coll'acquisto dei tesori se le accresce la sete (24).

186. Per le nostre Leggi, come per quelle di quasi tutti gli stati di Europa, la *bigamia* è annoverata nel numero dei delitti (25).

186. *bis.* La proibizione dell'*Art.* 56, costituisce un impedimento *assoluto* che rende nullo il matrimonio contratto prima dello scioglimento del primo ancorchè si sia contratto in buona fede e per errore (*Art.* 113 116). — Però per produrre tale effetto bisogna che il primo matrimonio sia valido, contratto, cioè nei modi e nelle forme prescritte dalla legge. — Per modo di esempio, un matrimonio semplicemente *religioso* non formerebbe impedimento a contrarre il matrimonio civile, e contratto che fosse non potrebbe essere annullato per la esistenza del primo, il quale, di fronte alla legge, non è matrimonio ne può produrre alcun effetto. — Lo stesso sarebbe a dirsi se il matrimonio fosse nullo: esso non produrrebbe alcun effetto sul secondo matrimonio, ed opposta la aullità del primo dovrebbe giudicarsi preventivamente su' tale opposizione (*Art.* 113.)

(22) *Tertullian. de exhort. cast. cap. 8.* « *Primus Lamech a Deo maledictus, duabus* « *maritatus contra Dei praeceptum tres in* « *unam carnem effecit.* »

(23) *Leg. 1. ff. de his qui not infam.* « *Infamia notatur..... ejusve nomine, quem, quamve inpotestate haberet, bina sponsalia, binasve unptias in eodem tempore constitutas* « *habuerit.* »

(24) *Montesquieu L'esprit des Lois Liv. 16. Chap. 6.*

(25) Il Codice *penale* ITALIANO, *Art. 488* punisce la *bigamia* colla pena della relegazione non minore di anni sette. — Il Codice *penale Toscano (Art296)* la punisce con la carcere da due a cinque anni.

Parlando di matrimonio *religioso*, che non impedisce il matrimouio *civile*, non deve intendersi dei matrimoni religiosi contratti avanti la pubblicazione del nuovo Codice. Tali matrimoni per le leggi precedenti erano legittimi, e costituivano impedimento canonico a contrarne un secondo; e l'*Art.* 56, parlando di matrimonio precedente ha inteso, e voluto parlare di matrimonio *legittimo;* quindi non può avere escluso il matrimonio contratto antecedentemente alla pubblicazione del Codice, non essendo più in suo potere di dissolvere le famiglie formate sotto il presidio di una precedente legislazione. In questo senso, e giustamente, venne giudicato dalla Corte d'Appello di Catanzaro nel 31 Dicembre 1866 in causa *Plutino e Bottoglia* (26).

187. Ma configuriamo il caso, che un Italiano vincolato da precedente matrimonio si porti in un paese ove è ammessa la *poligamia*, ed ivi contragga un secondo matrimonio. Questo matrimonio sarà valido?.... Nò certamente, e la nostra opinione trova appoggio nei *principii*, e nel disposto speciale dell'*Art.* 100. Le leggi che regolano la materia del matrimonio sono leggi che riguardano la *personalità*, la capacità giuridica dell'individuo, e come tali seguono il medesimo dappertutto. (27). Quindi il cittadino che si porta all'estero non rimane prosciolto da queste leggi, e deve osservarle alla pari degli altri cittadini. Sù ciò è fondata la disposizione dell'*Art.* 100 il quale prescrive che » *il matrimonio seguito in paese estero tra cittadini*, o *tra* » *un cittadino ed uno straniero è valido*, » *purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese, e il cittadino non* » *abbia contravvenuto alle disposizioni contenute nella sezione del capo* 1.° *di questo* » *titolo;* » lo che è quanto dire che il cittadino abbia le condizioni *fisiche* e *morali* determinate dalla legge per la validità del matrimonio, e che conseguentemente non sia vincolato da precedente matrimonio, una delle condizioni richieste dal rammentato *Articolo* 56.

188. Preseguiamo nella nostra ipotesi. L'Italiano al momento del secondo matrimonio ha perduto la qualità di cittadino in uno dei modi contemplati dall'*Art.* 11. Questo matrimonio non è valido. È certo infatti che il matrimonio non si scioglie che colla morte di uno dei coniugi, *(Art.* 148*)* e la qualità della cittadinanza non può farsi che non esista ciò che è. Perdendo la cittadinanza non si possono perdere le qualità di marito e di padre, e conseguentemente i diritti e le obbligazioni nascenti dal vincolo legalmente contratto. Agli occhi della legge l'Italiano, benchè abbia perduto la cittadinanza, è vincolato sempre dal precedente matrimonio. Non vi sarebbe ragione di attribuire alla perdita della cittadinanza, che è una mera circostanza accidentale, l'effetto esorbitante di rendere inefficace il primo matrimonio. Se tale perdita non esime l'Italiano dagli obblighi del servizio militare, *(Art.* 12*)* a maggior ragione non può esimerlo dal vincolo precedentemente contratto.

189. Supponiamo il caso inverso, quello cioè che una straniera, la quale ha ottenuto divorzio secondo le leggi del suo paese, e secondo le quali è autorizzato un nuovo matrimonio, voglia rimaritarsi in Italia con un cittadino. Il primo matrimonio sarà d'impedimento a contrarre il secondo?

L'*Articolo* 102 stabilisce, che la *capacità* dello straniero a contrarre matrimonio è determinata dalle leggi del paese al quale appartiene, ma che per altro è soggetto agli impedimenti contemplati negli *Articoli* 55 e successivi. Ora siccome il nostro Codice non ammette il divorzio, così il precedente matrimonio sara sem-

(26) *Annal. di G. P. Italian. — Anno 1866-67, Vol. 1. Distrib. 6. pag. 165.*

(27) *Arg. Cod. Civ. Dipos. sulla pubblicaz. Art. 6.*

pre per la straniera un impedimento a contrarne un secondo con un cittadino. — La ragione è evidente. Dal momento che lo straniero contratta in virtù delle nostre leggi, queste leggi divengono obbligatorie per lui. Sarebbe contrario alla nostra indipendenza, che lo straniero potesse invocare la legislazione del suo paese, e che tale legislazione venisse a confondersi con la nostra, ed anche ad alterarla. — Lo straniero sarà sempre astretto a ciò che è prescritto nell'interesse dei costumi e dell'ordine pubblico, e rimarrà colpito dalle stesse proibizioni dalle quali è colpito il cittadino Italiano, perchè tale è il rispetto che loro è dovuto da non permettere a chicchessia di violarlo.

ARTICOLO SECONDO.

Vedovanza recente.

190. Ragioni di pubblica moralità e di buon ordine richiedono che la donna non possa contrarre nuovo matrimonio immediatamente dopo lo scioglimento o lo annullamento del matrimonio precedente. Bisogna impedire l'incertezza che potrebbe sorgere sulla paternità del figlio nato dopo il nuovo matrimonio.

Tale necessità fù riconosciuta dalle leggi Romane, che proibirono alla vedova di contrarre un nuovo matrimonio nell'anno dalla morte del marito (28) ed è ritenuta dall'*Art.* 57 del nostro Codice. » *Non può contrarre nuovo matrimonio la* » *donna, se non decorsi dieci mesi dallo* » *scioglimento,* o *dall'annullamento del matrimonio precedente.* »

E rettamente questo *Articolo* ha contemplato le due ipotesi dello *scioglimento* e dell'*annullamento* del matrimonio, perchè in ambedue concorre la medesima ragione della proibizione, di impedire cioè la incertezza sulla paternità della prole — perchè se avesse parlato soltanto di scioglimento di matrimonio avrebbero potuto sorgere le stesse questioni che sono sorte nella Giurisprudenza Francese sulla interpretazione dell'*Art.* 228, del Codice Napoleone (29).

191. Fondamento della proibizione è, come abbiamo detto, di evitare il pericolo della confusione della prole. Cessando tale incertezza viene a cessare la ragione della proibizione; quindi è che il detto *Articolo* 57 limita la regola come sopra stabilita in due casi 1.° Quando la donna abbia partorito. 2.° Quando il matrimonio sia stato annullato per causa d'impotenza manifesta e perpetua. Tanto nell'un' caso, che nell'altro può la donna liberamente contrarre nuovo matrimouio prima dei dieci mesi stabiliti dalla legge.

192. Ma se la donna, prima che siano trascorsi i dieci mesi, contrae un nuovo matrimonio, questo matrimonio sarà valido ?....

Se si dovesse aver riguardo al modo assoluto ed imperativo col quale è concepito il detto *Art.* 57 potrebbe forse dirsi, che siasi voluto stabilire un impedimento *dirimente*. Però se si esamina lo spirito della disposizione sarà facile convincersi, che non si è creato, ne si è voluto creare che un impedimento *proibitivo* (30.) Come infatti può credersi che, con una proibizione temporaria stabilita unicamente per evitare il pericolo della confusione della prole, siasi voluto colpire la donna di una incapacità asseluta, od annullare il matrimonio che essa possa aver contratto!... — Se tale fosse stata la volontà del Le-

(28) *Leg. 11. § 1 ff. de his qui not. infam.* « ivi « *propter turbationem sanguinis.* »
— *Leg. 53 in fin Cod. de Episcop.* « ivi « *propter generationis, aut seminis incertitu-* « *dinem.* »

(29) *Duranton. Tom. 2 n.° 175. not. 1.* — *Demolomb. Tom. 3, n.° 124.*

(30) È nota la distinzione degli impedimenti in *dirimenti* e *proibitivi*. — Sono *dirimenti* quelli che rendono nullo il matrimonio della persona nella quale si incontrano quando essa lo contrae. — Sono *proibitivi* quelli che impediscono la persona nella quale si incontrano di contrarre lecitamente il matrimonio ma che non la impediscono di contrarlo validamente.

gislatore non si sarebbe omesso di stabilire quando e da chi potesse proporsi la nullità, quando non potesse proporsi, quando dovesse intendersi sanata, come ha fatto per le altre *nullità*. E di fatti mentre coll'*Art.* 104 e successivi si stabilisce quali sono gli impedimenti che rendono nullo il matrimonio si tace affatto su quello in esame: ragione quindi per ritenere che non le è stato attribuito lo stesso carattere che è stato attribuito agli altri *impedimenti*, come, per esempio, a quelli derivanti dalla età, dalla parentela, dal vincolo di un matrimonio precedente.

193. Ma se la legge non ha comminato la nullità del matrimonio contratto dalla donna prima che siano trascorsi i dieci mesi, ha comminato però contro della medesima, e dell'Uffiziale che ha celebrato il matrimonio, e dell'altro coniuge la multa di Lire 300 estendibile a Lire 1000, non che la decadenza della vedova da ogni donazione, lucro dotale, e successione che provengano dal primo marito (*Art.* 128). — Dal che è dato inferirne, a nuova conferma della nostra opinione, che il matrimonio è valido, e che l'impedimento non è che *proibitivo*.

ARTICOLO TERZO.

Mancanza del consenso degli ascendenti.

194. Sviluppandosi le facoltà e le forze del corpo prima di quelle dello spirito, l'uomo si trova abile a contrarre matrimonio prima chè l'età abbia *maturato* la sua ragione, Nella prima età delle passioni la legge non può abbandonarlo a se stesso, ma deve guidarlo e dirigerlo nell'atto forse il più importante della sua vita. Questa guida, e questa direzione stà appunto nel consenso degli ascendenti al matrimonio dei loro figli.

195. Per i principii della legislazione Romana era necessario il consenso del padre di famiglia per la validita del matrimonio dei figli, qualunque si fosse la loro età (31). Questi principii così consentanei alla ragione, all'ordine, e alla disciplina delle famiglie non furono riconosciuti dal Concilio di Trento, poichè dichiarò validi i matrimoni contratti dai figli di famiglia senza il consenso dei genitori (32).

In Italia, ove in questa materia, le disposizioni del Concilio di Trento costituivano il diritto *comune*, i Codici delle diverse province se richiedevano il consenso dei genitori pel matrimonio dei loro figli, non riguardavano però la mancanza di questo consenso come un impedimento *dirimente* (33).

Il nostro Codice per altro, seguendo le orme del Codice Napoleone, ha richiamato in vigore gli antichi principii prescrivendo, per la validità del matrimonio, il consenso dei genitori o degli altri ascendenti, o respettivamente dei consigli di famiglia o di tutela.

196. E che la mancanza del *consenso* costituisca, nel concetto della legge, un impedimento *dirimente* resulta evidente ognorachè si accorda il diritto di domandare la nullità del matrimonio a coloro che dovevano prestare il consenso stesso. (*Art.* 108 109).

197. Ciò premesso scendiamo ad esaminare le singole disposizioni alla materia.

198. Prescrive l'*Art.* 63 » ivi » *Il figlio » che non ha compiuto gli anni venticinque, » la figlia che non ha compiuto gli anni » ventuno non possono contrarre matrimo- » nio senza il consenso del padre e della » madre* ».

Investiti i genitori della patria potestà era logico e razionale, siccome ha fatto il surriferito Articolo, di rendere obbligatorio per i figli il consenso del padre

(31) *Instit. in princ. e § 12. Tit. de nupt. — Leg. 35. ff. de rit. nupt.*

(32) *Sessione 24.*

(33) Vedi *gli Art. 67 65 del Codice delle due Sicilie — Art. 34 del Codice di Parma e Piacenza — Art. 109 del Codice Albertina.*

e della madre. Ma l'uno può consentire, e dissentire l'altro. In questo caso, dice l'*Art.* 63 " *è sufficiente il consenso del padre* ". Ciò non già per uno sfregio alla madre o per annichilare la influenza di lei nella famiglia, ma per evitare il *dualismo* nella famiglia stessa, la quale deve necessariamente essere regolata da un solo, che non può essere che il padre, altrimenti si aprirebbe il varco ad una continua lotta, e alla dissoluzione della famiglia medesima (34).

Dalla preponderanza accordata al padre non deve concludersene, che si renda inutile consultare la madre. L'*Articolo* 63 ne fa un obbligo rigoroso per il figlio, e riteniamo che, ove la madre non sia stata consultata, essa abbia tutto il diritto non solo di fare opposizione al matrimonio, ma anche di domandarne la nullità se già celebrato *(Art.* 82 108*)*.

199. Se uno dei genitori è morto basta il consenso dell'altro *(art.* 63 1.° *capov.)* Ma configurate il caso, che morto il padre, la madre sia passata a seconde nozze. Sarà necessario il consenso di lei?.... Si.., certamente, perchè se passando a seconde nozze può perdere l'amministrazione dei beni dei figli *(art.* 238*)* non perde però la patria potestà su i medesimi; ed il *consenso* appunto è un diritto di questo potere.

200. Ugualmente se uno dei genitori è nella impossibilità di manifestare la propria volontà basta il consenso dell'altro *(Detto art.* 63*)*. — Così, se il padre è legalmente interdetto, basta il consenso della madre perchè il padre è nella impossibilità di manifestare la sua volontà.

Ma la semplice infermità di mente senza interdizione *pronunziata* può fare considerare il padre nella impossbiiità di prestare il consenso?....

Gli scrittori Francesi sono divisi su tale questione. Pensano alcuni, che se il padre a causa di una malattia violenta si trovi nella stessa posizione dell'insensato, i tribunali, potrebbero, in caso di urgenza e sul parere del consiglio di famiglia, dispensare dal consenso dell'ascente incapace (35).

Ritengono altri che, se il padre le di cui facoltà intellettuali sono alienate non è per anche interdetto, sia più prudente e più conforme ai principii di fare pronunziare la interdizione (36).

Però di fronte alla disposizione dell'*Art.* 63, che parla in genere di — *impossibilità di manifestare la propria volontà* — è congruo ritenere che, senza riguardo alcuno alla circostanza della interdizione se semplimente *promossa* o *pronunziata*, debbasi anzi tutto accertare in fatto se l'individuo di cui si richiede il consenso, sia in grado per il di lui stato mentale, di manifestare la propria volontà, rilasciandone la apprezzazione al prudente criterio della autorità giudiziaria. — Questa, pare, sia la opinione comunemente adottata nella giurisprudenza Francese (37).

201. Parimente se il padre fosse assente, e perciò nella impossibilità di manifestare la propria volontà, basterebbe il consenso della madre, inquantochè è certo che anche nel primo periodo della assenza, cioè della *presunzione*, la madre assume l'esercizio della patria potestà, ed il padre deve, per tale oggetto, considerarsi come non esistente (*Art.* 46).

202. Anche il figlio adottivo che non ha compiuto gli anni ventuno ha necessità, per la validità del matrimonio, di' ottenere, oltre il consenso dei genitori, anche il consenso dell'adottante *(Art.* 63 2.° *capov.)*

203. La necessità del consenso degli

(34) *Process. verb. della Commiss. legislativ. pag.* 68.

(35) *Vazeille Traité du mariage N.° 125.*

(36) *Duranton Tom. 2, n.° 85. — Toullier Tom. 1. n.° 543.*

(37) *Poitiers 11 Mars 1830. Chaigneau — Desfrancs C. Desguibertieres —*

— Demolomb. Tom 3. n.° 43.

ascendenti è una misura di tutela e di protezione colla quale la legge intende provvedere alla inesperienza dei figli. Morti il padre e la madre, o nella impossibilità di manifestare la propria volontà, questa tutela e questa protezione non può venir meno finchè ne perdura la causa. Prescrive quindi l'*art.* 64. » *Se il padre e* » *la madre fossero morti, o nella impossibi-* » *lità di manifestare la loro volontà, i minori* » *degli anni ventuno non possono contrarre* » *matrimonio senza il consenso degli avi, e* » *delle avole.* ».

Come si vede l'obbligo della richiesta del consenso è limitato alla età minore, cioè fino agli anni ventuno compiti, perchè è veramente fino a questa età che si deve presumere avere i figli bisogno di direzione e di guida. Sarebbe spingere tropp'oltre il principio della autorità paterna sottoponendo il figlio, anche dopochè è giunto alla età maggiore, al consenso dell'avo e dell'avola, i quali per lo più sono in età cadente ed inabili ad apprezzare i motivi di convenienza del matrimonio dei loro nipoti (38).

204. La legge richiede il consenso tanto degli avi paterni quanto degli avi materni *(art.* 64*)* poichè, abolito il privilegio feudale della *agnazione*, non potevasi altrimenti far distinzione tra l'una e l'altra linea.

Se l'avo o l'avola della medesima *linea* sono discordi basta il consenso dell'avo. — Se poi gli avi e le avole delle due linee sono ugualmente discordi, questo loro disparere equivale a consenso. *(Art.* 64 *capov.)*

205. Non esistendo ne avi ne avole, o essendo impossibilitati a manifestare la loro volontà, il matrimonio può essere celebrato dopo i ventun anno senza bisogno del consenso di alcuno. — Fino a detta età per altro, cioè fino agli anni ventuno compiti, vi è bisogno del consenso del consiglio di famiglia *(Art.* 65*)*.

(38) *Process. verbal della Commiss. legisl. pag* 70.

206. La tutela e la protezione della legge non si limita ai figli *legittimi*, ma si estende ancora ai figli *naturali*.

L'*articolo* 66 distingue in proposito tra figli naturali legalmente riconosciuti, o no. — Se sono stati riconosciuti occorre il consenso del genitore, che procedè al riconoscimento, *(arg. art.* 182 184*)* oppure del consiglio di *tutela* se i genitori, o l'adottante non siano viventi, o siano incapaci di consentire. — Se poi i figli *naturali* non sono stati riconosciuti, o manchino i genitori *adottivi*, il consenso pel loro matrimonio spetta al *Consiglio di tutela*.

Si noti qui che la legge non richiede il consenso degli avi e delle avole, e giustamente, perchè i figli *naturali* non hanno altra famiglia che il loro padre, e la loro madre.

207. Deferendo la legge agli ascendenti o respettivamente ai consigli di famiglia o di *tutela* il diritto di prestare o denegare il consenso al matrimonio dei figli non ha inteso nè voluto porre loro in mano un arme, che anzichè a protezione e difesa dei figli, serva invece al loro danno.

Si deve presumere, è vero, che il rifiuto dei genitori sia animato da motivi ragionevoli e giusti, ma quando resulti in fatto l'arbitrio o il capriccio, la presunzione deve cedere il luogo alla realtà delle cose, e la Legge deve richiamare a se quella autorità che conferiva al Magistrato domestico. E ciò ha fatto l'*art.* 67 prescrivendo — che il figlio maggiore degli anni ventuno, ma minore degli anni venticinque, può reclamare esso medesimo, o direttamente, alla Corte d'Appello contro il rifiuto di consenso degli ascendenti, o del consiglio di *famiglia*, o di *tutela* — che nell'interesse della figlia e del figlio minore di età può farsi *richiamo* sia dai parenti o dagli affini, sia dal pubblico Ministero (39).

(39) *Process. verbal. della Commiss. legisl. pag.* 70.

208. Indipendentemento dal consenso dei loro genitori, i militari in attività di servizio hanno bisogno, per contrarre matrimonio, del permesso del Re, o respettivamente del Ministro della Guerra, e ciò in ordine allo disposizioni dell'*articolo* 53 del regolamento approvato dal regio decreto del 20 ottobre 1859 (40).

209. Deve infine avvertirsi, che per la validità dei matrimoni dei Principi e delle Principesse Reali è richiesto l'assenso del Re *(art. 69 capov.)*

ARTICOLO QUARTO.

Parentela — Affinità — Adozione.

210. Altri impedimenti al matrimonio sono la *parentela* e l'*affinità*.

Per i principii generali di diritto la parentela si distingue in *naturale*, *civile*, e *mista* (41).

La parentela *naturale* è il legame che la natura ed il sangue formano tra le persone che discendono le une dalle altre, o da un autore comune, ma al mezzo di una unione che non è riconosciuta per legittima dalla legge civile. Questo legame esiste tra i figli naturali e i loro discendenti, il loro padre e la loro madre, od i parenti del padre e della madre.

La parentela *civile* è l'opera della legge: essa resulta dalla adozione, e non esiste che tra l'adottante, l'adottato, e i discendenti di questi, come pure tra l'adottato ed i figli naturali o adottivi dell'adottante.

La parentela *misto* è il legame, che la leggo d'accordo con la natura ha formato tra le persone, che discendono le une dalle altre, o da un autore comune a mezzo di un matrimonio legittimo.

Il nostro Codice definisce la parentela » *il vincolo fra le persone che discendono* » *da uno stesso stipite.* » *(Art. 48)* comprendendo così tanto la parentela *naurole* quanto la *misto*. E senza occuparsi di determinare il carattere del legame cho si forma per mezzo della *adozione*, dichiara semplicemento cho l'*adozione* stessa è un impedimento al matrimouio *(Art. 60)*.

211. Per conoscere la distanza di *consanguinità* che passa tra due parenti bisogna aver riguardo al *grado* od alla *linea*.

Ciascuna generazione forma *un grado*. *(Art 49)*. La serie dei *gradi* forma la *linea*, la quale si divide in *retta* e *collaterale*: *retta* se le persone discendono le une dalle altre; *collaterale* se hanno uno stipite comuno senza discendere le une dalle altre *(Art. 50)*.

Per modo di esempio. — Da *Pietro* padre nasce *Giovanni*, da questi *Filippo.* Questi *Pietro, Giovanni*, *Filippo* costituiscono una linea *retta* perchè discendono l'uno dall'altro. — Ma se *Pietro*, oltre *Giovonni* ha anche una figlia — *Ester* — i figli di questa e di *Giovanni* costituiscono la linea *collaterole* perchè non discendono gli uni dagli altri, benchè tutti o mediatamente, o immediatamente riconoscano lo stesso *copo* e *stipite*.

212. La linea *retta* si suddivide in *discendente* ed *ascendente*. La prima lega lo *stipite* con quelli che ne discendono: la seconda lega una persona a coloro dai quali essa discende *(Art. 50 2.° capov.)*

213. Diverso è il modo per computare i gradi di parentela nella linea *retta* e nella linea *collaterale*.

Nella linea *retta* tanti sono i gradi quante sono le persone, o per meglio dire le *generazioni*, eccettuato sempre però lo *stipite (Ar. 51.)* — Così *Luigi* figlio di *Filippo* o nipoto di *Giovanni* sarà distante da *Pietro* proavo tre gradi, per la ragione che da *Pietro* a *Luigi* vi sono tro generazioni, o tre persone, non contandosi *Pietro stipite*.

Nella linea *collaterale* i gradi si computano dalle generazioni salendo da uno dei parenti fino allo stipite comune, e da questo discendendo all'altro parente non

(40) Vedi *Decreto per l'ordinamento dello stato civile Art. 69.*

(41) *Leg. 2. § 2. ff. de gradib et affin.*

compreso parimente lo stipite. *(Art. 51 capov.)* — Per esempio — Pietro ha generato due figli *Agnese* ed *Antonio*. — *Agnese* ha un figlio *Carlo* — *Antonio* altro figlio *Cesare*. *Carlo* e *Cesare* sono tra loro in quarto grado di *parentela*, perchè tolto lo *stipite*, quattro sono le persone che formano la *linea*, cioè *Carlo, Agnese, Antonio* e *Cesare*.

214. L'*affinità* è il vincolo di un coniuge e i parenti dell'altro coniuge. — Nella linea, e nel grado in cui taluno è parente con un coniuge è affine dell'altro coniuge. *(Art. 52)*.

215. Sono queste le norme per conoscere i gradi di *parentela*. Scendiamo ora a vedere fino a qual *grado* si estendono le proibizioni al matrimonio stabilite dalla legge. — Se una volta tali proibizioni erano estesissime, per le disposizioni del Diritto Canonico, bisogna convenire che per il nostro Codice si sono ristrette ad un numero molto limitato, e che le relative disposizioni si presentano semplici, e chiare.

216. In *linea retta* il matrimonio è vietato tra gli ascendenti e i discendenti di qualunque grado all'infinito *(Art. 58)*. — E un impedimento fondato sul diritto di natura; (42) e tutti i popoli hanno riguardato tali unioni come incestuose — perchè contrarie alle leggi del pudore (43) — perchè inconciliabili colle leggi fisiche della natura — perchè sovvertirebbero i rapporti essenziali che devono esistere tra i genitori ed i figli.

217. La proibizione del rammentato *articolo* 58 non si limita agli ascendenti e discendenti *legittimi*, nati cioè da un legittimo matrimonio, ma si estende ancora agli ascendenti e discendenti *naturali*, a quelli cioè che sono nati da una unione non riconosciuta dalla legge, perchè il vincolo e la ragione del sangue è il medesimo; manca, è vero, la sanzione legale, ma la legge non può distruggere i diritti del sangue (44).

E qui si presenta una questione. Come dovrà essere constatata questa parentela *naturale* all'oggetto di impedire il matrimonio?... Se si tratta di figli legalmente riconosciuti non vi è veruna difficoltà perchè l'*atto autentico* richiesto dalla legge per procedere a tale riconoscimento *(Art. 181)* sarà prova più che bastante onde ritenere accertata respettivamente la paternità o la maternità, o conseguentemente per impedire il matrimonio.

Ma se si tratta di figli *naturali* non riconosciuti come ed in qual modo potrà desumersi la prova?... È da riflettere che si tratta di prevenire un incesto, un delitto. Basta che il fatto della paternità o della maternità sia constante: il modo di provarlo poco importa; quindi un atto qualunque, come delle *lettere* etc. che emanino dal padre o dalla madre, e che dimostrino il *fatto* della filiazione, bastano per motivare la proibizione del matrimonio (45). — Pare a noi che anche la *lettera* della disposizione contenuta nell'*articolo* 58 si presti a tale conclusione. Si vieta il matrimonio » ivi » *fra tutti gli* » *ascendenti e discendenti legittimi e natu-* » *rali.* » La parola *tutti* non si riferisce soltanto al grado di parentela, ma anche alla *qualità* delle persone contemplate. Dicendosi *tutti i discendenti naturali* vengono a comprendersi non solo i figli riconosciuti per *atto autentico*, ma ancora i figli non riconosciuti. D'altronde la legge non fa distinzione, ne saprebbe trovarsi ragione perchè, nella mancanza di riconoscimento, dovesse legittimarsi una unione cui ripugna la natura.

(42) *Leg. 53. ff. de rit. nupt. — Leg. 68. ff. eod. « Iure gentium incestum committit qui « ex gradu ascendentium, vel descendentium « uxorem duxerit. »*

(43) *Leg. 14. § 2. ff. eod. « Quoniam in con- « trahendis matrimoniis naturale jus, et pudor « inspiciendus est. — Contra pudorem est au- « tem filiam uxorem suam ducere. »*

(44) *Leg. 8. ff. de reg. jur. « Iura sangui- « nis nullo jure civili dirimi possunt. »*

(45) *Duranton Tom. 2. n.° 160.*

218. Nella *linea collaterale* il matrimonio è vietato; 1.° Fra le sorelle e i fratelli legittimi, o naturali; 2.° Fra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote *(Art. 59.)*

219. La ragione del divieto del matrimonio tra fratelli e sorelle posa su'un principio di morale *pubblica*. — La famiglia deve essere il santuario dei costumi: bisogna evitare tuttociò che può corromperli. La speranza del matrimonio tra persone che vivono sotto lo stesso tetto, ed in una si grande intimità potrebbe introdurre la corruzione, e portare a disordini che solleverebbero la casa paterna e ne bandirebbero la innocenza e la virtù. — E per questo principio appunto di pubblica morale tali matrimoni furono vietati quasi presso tutti i popoli (46).

La proibizione dell'*Art.* 59 è assoluta, o comprende tanto i fratelli germani quanto i consanguinei, e si estende sia ai fratelli legittimi, sia ai fratelli naturali soltanto (47).

220. Oltre le sorelle e i fratelli il rammentato *Articolo* 59 vieta il matrimonio, in linea *collaterale*, tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote. — La stessa ragione che consigliò la proibizione tra fratelli e sorelle valse per la proibizione del matrimonio tra gli zii ed i nipoti. Lo zio fa sovente le veci del padre, e deve adempierne i doveri; la zia fa anche quello della madre; quindi ripugna che possa liberamente contrarsi matrimonio tra essi e i respettivi nipoti. Ciò fu riconosciuto nella più remota antichità, (48) ed anche le leggi Romane riguardarono come incestuosi tali matrimoni (49). E sebbene l'imperatore Claudio a legittimare la sua passione per Agrippina figlia del di lui fratello Germanico facesse promulgare dal Senato una Legge che permetteva i matrimoni tra zii e nipoti, (50) certo è però che l'esempio di Claudio non ebbe imitatori e che detta legge venne abrogata da Costanzo e Costante i quali proibirono questi matrimoni sotto pena capitale (51).

221. L'*articolo* 59 proibisce i matrimoni tra zii e nipoti in quanto il loro grado di parentela derivi da unione legittima, riconosciuta cioè dalla legge; ma tale disposizione non potrebbe applicarsi a coloro che fossero in tal grado di parentela per effetto di semplici legami naturali e non legittimi. Difatti detto Articolo parla semplicemente di *zio* e *nipote*, di *zia* o *nipote*. Nel silenzio della legge dobbiamo ritenere che siasi voluto limitare il divieto agli zii e nipoti legittimi, costituiti cioè in tal grado di parentela in forza di legittima unione, perchè quando si è voluto comprendere nella proibizione anche la parentela naturale si è dichiarato espressamente, come nel precedente *Art.* 58 col quale si vieta il matrimonio tra tutti gli ascendenti e discendenti » ivi » *legittimi e naturali.* »

222. Sebbene non si parli che di *zii* e di *nipoti*, inquantochè questa è la ipotesi più facilmente verificabile, devono però intendersi compresi nella proibizione anche i *prozii* o *pronipoti*, perchè il grado più remoto di parentela non fa cessare

(46) « *Qui acceperit uxorem suam, filiam « patris sui, vel filium matris suae, et viderit « turpitudinem ejus, illaque conspexerit fratris « ignominiam, nefariam rem operati sunt; occidentur in conspectu populi sui.* » — *Levit 20 17.* —

— *Instit. Lib. 1. Tit. 10.* § 2.

— *Leg. 17. Cod. de nupt.*

(47) *Istit. ibid.* « *Sane enim inter fratrem « sororemque nuptiae prohibitae sunt, sive ab « eodem patre, eademque matre nati fuerint, « sive ab altero eorum.* »

— *Leg. 54, ff. de rit. nupt. vers.* « *Nam et « vulgo quaesitam sororem quis vetatur uxorem ducere.* »

(48) *Levitic. 20. v. 19.* « *Turpitudinem materterae tuae et amitae tuae non discooperies.* »

(49) *Leg. 39 ff. de rit. nupt.* « *Sororis pro« neptem non possum ducere uxorem, quoniam « parentis loco ei sum.* »

(50) *Svetonio in Claud. N.° 26.*

(51) *Leg. 1. Cod. Theodos. de incest. nupt.*

la ragione della leggo che ritiene tali parenti in luogo di genitori " *porentum loco habentur.* "

223. Ma vi possono essere dei casi nei quali si renda necessario passar oltre al vincolo del sangue nell'interesse privato della famiglia, ed anche in quello della pubblica morale. Questi casi, per quanto rari, possano per altro verificarsi, ed il legislatore doveva certamente prenderli in considerazione.

L'*Art.* 68, che non è se non la riproduzione dell'*Art.* 164 del Codice Napoleone, dispone che " *il Re, quando concorrono " gravi motivi, può dispensare dagli impe- " dimenti indicati nei n.*[i] 2 *e* 3 *dell'Art.* " 59 " cioè dalla proibizione di contrarre matrimonio tra lo zio e la nipote la zia, ed il nipote.

Questa disposizione non trova certamente appoggio nelle leggi Romane per le quali come si è detto, si ritenevano tali matrimoni come incestuosi, e tanto è ciò vero che l'Imperatore Zenone nella *Leg.* 2 *Cod. si nupt. ex rescript. pet.* chiama questi matrimoni " *nefandum scelus* " e proibisce di domandargli dispensa per contrarli " *precandi quoque in posterum super tali " coniugio (imo potius contagio) cunctis li- " centiam denegamus* " ma lo trova negli usi della Corte di Roma, che ha conceduto e concede simili dispense anche a privati cittadini, quantunque il Concilio di Trento avesse proibito di accordarle anche pel matrimonio dei cugini germani (52).

224. I motivi per accordare simili dispense, come dice l'*Art.* 68, devono essere gravi, tali, cioè, che non concedendole sia per derivarne danno gravissimo ai richiedenti ed alle loro famiglia.

225. Al di là del terzo grado di parentela, nella *linea collaterale,* la leggo non stabilisce verun impedimento al matrimonio. Quindi i cugini possono liberamente maritarsi con le cugine benchè germane. E bene la legge ha fatto a non estendere la proibizione anche al quarto grado, non essendo ciò richiesto nè dalla pubblica morale, nè dall'interesse sociale.

226. Giova avvertire, che le disposizioni relative alla proibizione a contrarre matrimonio tra zii e nipoti non sono applicabili al Re, o alla famiglia Reale (*Art.* 69).

227. Abbiamo veduto quali sono gli impedimenti relativamente alla parentela tanto in linea *retta* quanto in linea *collaterale;* vediamo ora ciò che viene disposto relativamente alla *affinità.*

228. L'*affinità* è una immagine, un simulacro della cognazione o consanguinità ma non è la consanguinità stessa perchè non deriva da veri e propri vincoli di sangue.

Il matrimonio che crea legami intimi, ed indissolubili tra i coniugi, e che forma di essi, per così dire, una stessa persona " *erunt duo in carne una,* " è il punto di congiunzione delle due diverse consanguinità o cognazioni facendo nascere rapporti tra i coniugi, ed i loro parenti, (53) ma non può far nascere, per la natura stessa delle cose, altri legami cogli affini dei coniugi stessi, affini che ripetono, alla lor volta, tal qualità da altro matrimonio.

Le leggi Romane non ammessero altra *affinità* se non se quella che passa tra un coniuge ed i parenti dell'altro, (54) principio che, dopo il Concilio Lateranense del 1215, venne ritenuto anche dalle leggi Canoniche " *adfinitas non parit adfini- " tatem.* "

Accogliendo tali principii l'Art. 52 stabilisce — che l'affinità è il vincolo fra un coniuge ed i parenti dell'altro coniu-

(52) *Sessione 24 cap. 5. Tit. de reform. matrim. « In secundo gradu numquam dispense- « tur, nisi inter magnos principes, et ob pu- « blicam causam. »*

(53) *Leg. 4. § 3. ff. de grad et offin. « Quod « duae cognationes, quae diversae inter se sunt « per nuptias copulantur. »*

(54) *Leg. 4. § 3. ff. de grad et affin.*

ge. — Dal che ne consegue che non vi è affinità legale, per esempio, tra il marito di una sorella e la moglie del fratello di lei, o viceversa; nè tra il genero e la seconda moglie del suocero, rimasto vedovo della sua prima moglie suocera di quello; nè tra i mariti di due sorelle, quando anche l'uno fosse il padre e l'altro il figlio; nè infine tra il padre e la suocera del figlio, e simili.

229. L'*affinità*, propriamente parlando, non ha ne *linee* ne *gradi*, poichè gli affini non discendono ne immediatamente ne mediatamente dal medesimo stipite, (55) ciò non ostante in un senso meno proprio vi si distinguono del pari e le *linee* ed i *gradi* desumendoli da quelli della consanguinità o parentela. Ed è appunto per questo che l'Art. 52 dispone — che nella linea e nel grado in cui taluno è parente con un coniuge è affine dell'altro coniuge. — Per esempio, il suocero e la nuora sono affini in linea *retta* in primo *grado*; il cognato e la cognata sono affini in primo *grado* in linea *collaterale*.

230. Sempre e in ogni tempo si è ritenuto l'*affinità* in linea *retta*, qualunque sia il grado, quale impedimento dirimento di matrimonio (56). E così ha disposto l'*Art.* 58 vietando in questa *linea* il matrimonio tra gli affini nel modo stesso, che lo ha vietato fra gli ascendenti e i discendenti.

231. L'*affinità* in linea collaterale era, secondo la legge del Levitico un impedimento di matrimonio, almeno riguardo a certe persone. » *Qui duxerit uxorem fra-* » *tris sui, rem facit illicitam. — Turpitu-* » *dinem uxoris fratris tui non revelabis,* » *quia turpitudo frotristui est.* » (57).

Per le leggi Romane non era vietato il matrimonio tra gli affini di questa linea, e ciò sino alla Legge di Costanzo, il quale proibì come incestuoso il matrimonio colla vedova del proprio fratello, o colla sorella della defunta moglie, legge che venne rinnuovata da Valentiniano e Teódosio (58).

L'Articolo 59, proibisce il matrimonio tra gli affini nel grado di fratelli, e sorelle, cioè tra i cognati, ma si ammette che il Re, nel concorso di gravi motivi, possa dispensare dall'impedimento *(Art. 68)*. — Al di là di detto grado non avvi impedimento al matrimonio.

232 L'*affinità* non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge dal quale deriva: è disposizione esplicita dell'*Art.* 52.

233. Si è fin qui parlato della *affinità* derivante da un matrimonio legittimo. Ma l'*affinità* deriva ancora dal concubinato, da un matrimonio nullo, o da tutt'altro stato di simile congiunzione naturale per modo da formare impedimento al matrimonio?....

Per ciò che concerne una unione illegittima le leggi Romane avevano risoluto la questione negativamente proclamando il principio che soltanto il matrimonio legittimo *(justiae nuptiae)* poteva far nascere l'affinità (59).

Diversamente è stato disposto dalle leggi Canoniche poichè hanno ritenuto che l'affinità nasca ancora da unione illegittima, e che tale affinità sia di impedimento al matrimonio fino al secondo grado (60).

(55) *Leg. 4. § 5. ff. de grad. et affin.* « *Gra-* « *dus adfinitatis nulli sunt.* »

(56) *Levitic. 20 v.° 11.* « *Qui dormierit cum* « *noverca sua, et revelaverit ignominiam pa-* « *tris sui, morte moriatur.* »

— *Leg. 11. § 4. ff. de rit nupt.*

(57) *Levitico cap. 18. vers. 16. Cap. 20. vers. 21.*

(58) *Leg. 2. Cod. Theod. de incest nupt. — Leg. 5. Cod. eod.* « *Fratris uxorem ducendi,* « *vel duabus sororibus coniungendi penitus li-* « *centiam summovemus, nec dissoluto quocun-* « *que modo coniugio.* »

(59) *Leg. 4. § 3. ff. de grad. et adfin.* « *Nam-* « *que coniungendae adfinitatis causa fit ex* « *nuptiis.* »

(60) Atti del Concilio di Trento *Cap. 4. Sess. 24 de reformat.* « *Sancta Synodus gravissimis* « *de causis adducta, impedimentum quod prop-* « *ter adfinitatem ex fornicatione contractam*

Gli scrittori Francesi interpetrando l'*Art.* 161 del Codice Napoleone, sono divisi su tale questione, poichè pensano alcuni che questa specie di *affinità* formi un impedimento, fondandosi sù dei motivi di *pubblica onestà;* mentre altri ritengono il contrario sostenendo che il matrimonio contratto in disprezzo di tali circostanze viola le regole alla morale, ma non è contrario della legge civile (61).

Il Codice nostro qualificando l'*affinità* » *per quel vincolo che è fra un coniuge ed* » *i parenti dell'altro coniuge.* » *(Art.* 52*)* ha abbracciato i principii del diritto Romano, poichè parlando come fa di *coniuge* elimina con ciò evidentemente persino l'idea di chi non sia assolutamente tale.

234. Relativamente alla affinità derivante da un matrimonio *nullo* i principii ci inseganno — che ciò che è nullo non può produrre verun effetto. — D'altronde l'*Art.* 52 fa derivare l'*affinità* dal matrimonio, e certamente ha inteso parlare di matrimonio valido e legittimo.

È vero che il matrimonio dichiarato nullo, qualora sia stato contratto in buona fede produce gli effetti civili a favore dei coniugi, ed anche a favore dei figli *(Art.* 116*)*, ma ripeteremo col dotto Sig. Astengo (62) — che per ecceziono la legge attribuisce al matrimonio nullo gli effetti civili — che potendo esservi la buona fede per un coniuge e non per l'altro, sarebbe assurdo che si scindesse la qualità di affine — che siccome l'affinità è talvolta più un onere che un vantaggio si darebbe con questa teorica un premio alla mala fede — che non interessando di sapere se siavi o no l'affinità se non se per gli impedimenti al matrimonio, al momento in cui si darebbe vita alla medesima, non sussistendo più il matrimonio dichiarato nullo, ed anzi considerandosi come se non fosse mai esistito, non vi sarebbe alcun plausibile motivo per dargli l'effetto di creare un impedimento così grave.

235. Resta a parlarsi degli impedimenti derivanti dalla parentela meramente *civile*, ossia dalla *adozione*.

Essendo l'adozione una finzione della legge, per cui il figlio adottivo acquista i diritti e va sottoposto agli obblighi del figlio legittimo e naturale, è evidente che gli stessi impedimenti al matrimonio che derivano dalla *parentela* o dalla *affinità* si debbano estendere a coloro che si trovano uniti dai vincoli che crea l'adozione. Perciò l'*Art.* 60 proibisce il matrimonio — fra l'adottante l'adottato ed i suoi discendenti — fra i figli adottivi della stessa persona — fra l'adottato e i figli sopravvenuti all'adottanto — fra l'adottato ed il coniuge dell'adottante, e tra l'adottante ed il coniuge dell'adottato.

ARTICOLO QUINTO.

Omicidio volontario.

236. L'omicidio volontario in persona di uno dei duo coniugi forma un impedimento al matrimonio tra l'uccisore e l'altro coniuge superstite *(Art.* 62*)*.

Le leggi Canoniche ammettevano tale impedimento soltanto in due casi — quando la uccisione fosse stata commessa colla partecipazione del coniuge superstite — quando l' uccisore fosse stato nel medesimo tempo adultero dell'altro coniuge (63).

L'*Art.* 62 del Codice è in proposito più severo del diritto Canonico, mosso forse, come è da ritenersi, da motivi di moralo decenza che si oppongono a veder contrarre delle nozze contaminate dal san-

« *inducitur, et matrimonium postea factum di-* « *rimit, ad eos tantum qui in primo et secun-* « *do gradu, conjunguntur, restringit.* »

(61) *Zachariae Tom. 1. pag. 168.*

— *Duranton n.° 158.*

— *Demolomb. Tom. 3. n.° 112.*

(62) *Cod. Civ. espost. nelle sue fonti e nei motivi Art. 52.*

(63) *Cap. Laudabilem 1. extr. de convers. infidel. — Cap. Super hoc 3. extr. de eo qui dux.*

gue: Eccone la disposizione. » *Chi fu in giudizio criminale convinto reo o complice di omicidio volontario commesso, mancato, o tentato sulla persona di uno dei coniugi non può unirsi in matrimonio coll'altro coniuge.* »

237. All'effetto di costituire l'impedimento non importa che la uccisione sia avvenuta, basta anche che il *reato* sia stato *tentato*, ed anche che sia *mancato*. (64.)

Però non bastano dei sospetti o degli indizi, bisogna che il *reato* sia dichiarato da una sentenza, poichè allora soltanto l'omicidio può formare impedimento *dirimente* di matrimonio. Se fu soltanto pronunziata sentenza di *accusa*, o venne ordinata la *cattura*, il matrimonio viene sospeso fino a che il giudizio sia terminato (*Art.* 62 *capov.*)

ARTICOLO SESTO.

Se l'adulterio, la disparità del culto, e gli ordini Sacri formino oggi ostacolo al matrimonio.

238. Secondo le leggi vigenti nei diversi Stati d'Italia, prima della loro unificazione, l'*adulterio*, la *disparità del culto*, e gli *ordini Sacri* formavano altrettanti impedimenti al matrimonio. (65).

Il nostro Codice tace affatto su' tali impedimenti. Da tale silenzio dovremo dedurne la loro esclusione?...

Relativamente all'*adulterio* se si dovesse considerare la questione dal punto di vista storico o razionale si potrebbe rispondere negativamente. Le leggi Romane infatti proibivano il matrimonio tra la donna ed il di lei adultero (66); e questa proibizione si trova accolta nella maggior parte dei Codici di Europa. (67). — L'adulterio costituisce un titolo di delitto (68) ed è un motivo per ottenere la separazione personale, dunque il matrimonio tra la donna ed il di lei adultero potrebbe riguardarsi come il premio della fede tradita, come il premio di un delitto.

239. Ad onta di questi riflessi che spontanei si presentano alla mente è forza però ritenere che il Codice, neppure implicitamente, ha contemplato l'adulterio come impedimento di matrimonio. Il silenzio della Legge equivale in proposito ad esclusione. Questo ritenne la Commissione legislativa dichiarando — che non si credè di dovere proibire il matrimonio fra l'adultero e l'adultera, sia perchè l'adulterio non ha lo stesso grado di gravità del reato di omicidio, ne la coscienza pubblica, per quanto possa riprovare il matrimonio fra gli adulteri, vedrà mai nel medesimo quella profonda immoralità, che scorge nel matrimonio del coniuge della vittima (69).

240. Per la stessa ragione, che non può estendersi la disposizione della legge da un caso all'altro non possono, di fronto al Codice, ritenersi quali impedimenti di matrimonio la *disparità del culto* e gli *ordini Sacri*. Ciò fu dichiarato dai compilatori del Codice, che, rigettando una proposta dell'illustre Mancini diretta a statuire che oltre agli impedimenti matrimoniali stabiliti dalla legge civile non potessero ammettersene altri riconosciuti dai Canoni, o dalle consuetudini delle varie religioni, dissero che il complesso delle disposizioni del Codice sulla materia del matrimonio rendeva soverchia qualunque dichiarazione in proposito (70).

(64) Sul reato *tentato o mancato* vedi *gli Art. 96 97* del Codice Penale Italiano, non che *gli Art. 43 e 46* del Codice penale Toscano.

(65) Vedi, fra gli altri, il Codice *Austriaco Art. 63 64 e 67* — ed il Codice delle due Sicilie *Art. 162.*

(66) *Arg. Leg. 40. ff. ad Leg. jul. de adulter. — Leg. 11. § 11 e 13 cod.*

(67) *Cod. dei Paesi-Bassi tit. del matrimonio Art. 8. — Codice Prussiano Art. 937, Codice di Baviera § 7. 8. 9.*

(68) Vedi Codic. Penal. Ital. *Art. 486 — e l'Art. 291* del Codice penale Toscano.

(69) *Process. verb. della Comm. per la coord. del Cod. civ. pag. 68.*

(70) *Detti verbali pag. 62.*

È da osservarsi inoltre, che essendo il matrimonio considerato come un contratto civile, non potevano venirvi compresi tali *impedimenti* senza violare i principii di libertà di coscienza, e di culto che formano la base del nostro diritto pubblico. — Questa questione fu risoluta dalla Corte d'Appello di Genova con sentenza del 16 Luglio 1866 in causa *Odero e Metalpe* ritenendosi, che gli *ordini sacri* non sono contemplati quali impedimenti di matrimonio, e che il silenzio della legge, e la niuna relazione fattasi alle discipline della Chiesa, dovovansi riguardare come equivalenti alla esclusione di tali causo *(ordini sacri)* dal numero degli impodimenti (71).

CAPITOLO TERZO

Delle opposizioni al matrimonio

—

SOMMARIO

241. Opposizione — sua ragione.
242. Persone alle quali spetta un tal diritto.
243. 244. Esercizio indistinto di questo diritto negli ascendenti qualunque sia la età dei discendenti.
245. Le disposizioni del Codice che designano le persone aventi qualità a fare opposizione sono limitative.
246. In mancanza di ascendenti il diritto di opposizione spetta ai collaterali. — Perchè siano esclusi i nipoti.
247. 248. 249. — Limiti nei collaterali all'esercizio di questo diritto.
250. 251. Diritto di opposizione competente ai tutori e ai curatori.
252. Il coniuge può fare opposizione al matrimonio dell'altro coniuge.
253. A chi competa il diritto di opposizione nel caso che la vedova intenda passare a nuovo matrimonio.
254. Diritto di opposizione competente al pubblico Ministero.
255. Procedimento.
256. Cosa debba contenere l'atto di opposizione.
257. Duplice oggetto di tale atto.
258. Termine dentro cui deve essere fatto.
259. Rigetto di opposizione — danni.
260. Appello.
261. Le disposizioni sul diritto di opposizione non sono applicabili al Re e alla famiglia Reale.

241. È meglio prevenire lo contravvenzioni che averle a riparare e punire. Di qui il diritto di formare opposizione ai matrimoni che fossero per essere celebrati contro le proibizioni della legge — Ma non ogni causa può dare diritto a tali opposizioni. L'*Art.* 82 dichiara espressamente, che la causa deve essere tale da ostare alla celebrazione del matrimonio, che è quanto dire, la opposizione devo essere fondata sopra alcuno degli impedimenti contemplati dalla leggo, senza riguardo per altro alla loro natura se *dirimenti* o semplicemente *proibitivi*. Qualunque altra causa sarebbe inammissibile, anche quando il matrimonio fosse per recare gravissimo danno morale o materiale alla famiglia, perchè, come giustamente osservava la Commissione per la coordinazione del Codice, si verrebbe a limitare troppo la libertà dei matrimoni — sarebbe occasione di continui o disgustosi dissidi tra padre e figli — e si contradirebbe il sistema liberale del Codice, por il quale i matrimoni non possono essero impediti se non se per le *cause* formalmente previste e tassativamente ammesse (72).

Ma vi ha di più: ammesso, come ha fatto l'Art. 82, che la opposizione debba essere fondata sopra una *causa* espressamente contemplata, si sono troncate in radice tutte le questioni, che potrebbero sorgere per la disuguaglianza di condizione, di età, di fortuna degli sposi, questioni che hanno tenuto divisi gli scrittori e la giurisprudenza Francese per il disposto troppo *generico* dell'*Art.* 176 del Codico Napoleone (73).

242. Ogni cittadino può denunziare

(71) Vedi giornale — *La Legge — del 28 Luglio 1866 N.° 67 pag. 714.*

(72) *Process. verb. Id. pag. 78.*

(73) *Vedi Duranton Tom. 2. n.° 191 192. — Cassat. 7 Novembr. 1814. Maupan.*

all'Uffiziale dello stato civile gli impedimenti che ostano alla celebrazione del matrimonio; ma il diritto di opposizione spetta soltanto alle persone designate dalla Legge. Tali persone sono 1.° Gli ascendenti. 2.° I collaterali. 3.° Il coniuge della persona che vuole contrarre nuovo matrimonio. 4.° Il pubblico Ministero *(Art. 82 83 85 87)*.

243. Il padre e la madre, gli avi e le avole sono gli ascendenti ai quali, a norma dell'*Art.* 82, compete il diritto di fare opposizione al matrimonio dei loro figli e discendenti. Ma questa facoltà è loro concessa *indistintamente*, oppure *gradualmente* in mancanza gli uni degli altri?....

Di fronte al significato litterale dell'*Art.* 82 » ivi » *il padre, la madre, e in » mancanza di ambidue gli avi e le avo- » le* » è forza ritenere che possano esercitare *indistintamente* un tal diritto tanto il padre quanto la madre, ed ugualmente alla lor volta, e nella mancanza del padre e della madre, gli avi e le avole. Questa interpretazione, direm così, grammaticale trova appoggio nel riflesso, che i figli minori degli anni venticinque, o respettivamente degli anni ventuno, non possono contrarre matrimonio senza il consenso del padre, e della madre *(Art. 63)*. Ora se il consenso di uno solo dei genitori non basta alla validità del matrimonio, non si saprebbe trovare la ragione come la facoltà di fare opposizione, che è cosa di minore entità, dovesse esercitarsi *gradualmente* prima dal padre, ed in sua mancanza dalla madre, anzichè potersi esercitare *indistintamente* da ambidue. Concludiamo pertanto, che nella esistenza del padre e della madre, essi hanno *indistintamente* il diritto di formare opposizione al matrimonio dei figli; che nella loro mancanza l'esercizio ugualmente *indistinto* di questo diritto spetta agli avi e alle avole, essendo lo spirito della legge quello di permettere che la opposizione venga fatta da chi è più zelante, salvo al Tribunale di giudicare sulla legittimità della opposizione stessa (74).

244. L'esercizio del diritto di opposizione competente agli ascendenti contro il matrimonio dei discendenti non si limita alla durata della età di venticinque anni nei maschi, o di ventuno anno nelle femmine ma si estende al di la di tale età. *(Art. 82)*. — Potrà dirsi che con ciò si vincola oltre il bisogno la libertà dei figli: ma questo vincolo è compensato ad usura dai vantaggi che ne possono risentire, poichè nessuno, più dei genitori, è interessato al benessere dei figli, e l'esercizio di questo diritto di opposizione può essere per i medesimi la tutela benefica del loro avvenire.

245. Le disposizioni del Codice che designano le persone aventi *qualità* per fare opposizione sono *limitative*, inquantochè restringono l'esercizio di un diritto quale si è quello di contrarre matrimonio. Per lo che se i genitori hanno facoltà di formare opposizione non può, per analogia, concedersi lo stesso diritto ai figli, quando il loro padre o la loro madre, rimasti vedovi, volessero procedere ad un nuovo matrimonio (75). — Ugualmente un genero non può fare opposizione al matrimonio del suocero (76).

246. In mancanza di ascendenti il diritto di fare opposizione si compete al fratello, alla sorella, allo zio, alla zia, ed ai cugini germani che siano maggiori di età. *(Art. 83.)*

I nipoti e le nipoti, benchè più prossimi parenti dei cugini non sono rammentati dalla legge, e per le cose di sopra avvertite, devonsi ritenere esclusi. Gli zii ed i nipoti si considerano in diritto nei rapporti che rappresentano il grado di padre e di figlio, e ben si vede che la legge nel designare le persone aventi

(74) *Detti processi — verbali pag. 221.*
(75) *Bruxelles 22. Avril 1806. Goethlas.*
(76) *Nimes 13 Aout 1823 Pricur c. Rame.*

qualità di fare opposizione si è arrestata più alla natura dei rapporti che alla prossimità del grado.

247. L'*Articolo* 83 attribuisce il diritto di opposizione ai collaterali » ivi « *non essendovi alcun ascendente.* » Queste parole potrebbero far credere che l'esercizio di questo diritto sia limitato al caso della mancanza vera ed assoluta degli ascendenti. Pure è razionale e logico ritenere, che tale facoltà possa esercitarsi ancora quando gli ascendenti sono nella impossibilità di manifestare la loro volontà, poichè tanto nell'un caso che nell'altro milita la stessa ragione, cioè di considerare, agli effetti di cui è parola, come non esistente *moralmente* colui che è nella impossibilità di manifestare la propria volontà.

248. La opposizione dei *collaterali* non è ammessa per tutte le cause che ostano alla celebrazione del matrimonio, ma è limitata a questi due casi. 1.° quando non si sia ottenuto il consenso del consiglio di famiglia conforme richiede l'*Art.* 63. 2.° quando uno degli sposi si trovi in stato di infermità di mente.

249. Poichè l'*Art.* 83 conferisce ai collaterali il diritto di opposizione in modo generale e indistinto, deve ritenersi, e con fondamento, che tale facoltà possa esercitarsi da loro individualmente, e senza che sia il resultato di una deliberazione di un consiglio di famiglia (77).

250. Per la mancanza del consenso del consiglio di famiglia, e per la infermità di mente di uno degli sposi può fare opposizione anche il tutore e il curatore, non però *proprio motu*, ma quando vi sia stato debitamente autorizzato *(Art.* 84*)*. In questo caso, siccome non si tratta di parenti presi individualmente, ma del consiglio di famiglia, è evidente che basterà, perchè l'autorizzazione sia data utilmente al tutore o al curatore, che il consiglio sia stato regolarmente composto.

251. Il detto *Articolo* 84 parla di *tutore* e *curatore*. Il tutore si da ai minori che sono privi dei genitori, ed all'interdetto *(Art.* 241 329*)*. — Il curatore si da all'*inabilitato*, cioè al prodigo, ed a colui che, sebbene infermo di mente, non presenta però tale gravità da far luogo alla interdizione *(Art.* 339*)*. Dunque, e la conseguenza ci sembra logica, anche il curatore dell'inabilitato può fare opposizione al di lui matrimonio quando si verifichino i casi determinati dall'*Art.* 83.

252. Il coniuge può fare opposizione al matrimonio che intende contrarre l'altro coniuge *(Art.* 85*)*. — Non si può negare ad una persona unita in matrimonio la facoltà di difendere il suo titolo, e di reclamare i suoi diritti. — Però una semplice promessa di matrimonio non potrebbe motivare l'opposizione, perchè tale promessa non è obbligatoria *(Art.* 53*)*.

E qui giova avvertire che il diritto di opposizione che il detto *Art.* 85 accorda al coniuge presuppone che il matrimonio precedente sia valido, celebrato cioè nelle forme prescritte dalla legge davanti l'Ufficiale dello stato civile. Così l'unione contratta solamente dinanzi alla Chiesa, essendo nulla agli occhi della legge civile, non da all'una delle parti il diritto di opporsi al matrimonio dell'altra (78).

Se per altro il precedente matrimonio fosse stato annullato il diritto di fare opposizione spetta pure a colui col quale il matrimonio aveva avuto luogo. *(Art.* 86 *capov.)* La ragione di ciò è evidente. Il matrimonio benchè dichiarato nullo se fu contratto in buona fede produce gli effetti civili tanto riguardo ai coniugi quanto riguardo ai figli *(Art.* 116*)*. Un altro matrimonio potrebbe ledere questi diritti già acquisiti dalla persona colla quale venne contratto il primo; necessità quindi di accordare la facoltà della opposizione per tutela o difesa dei diritti medesimi.

(77) *Duranton n.° 193.*

(78) *Bastia 3. Fevrier 1834. F. B.*

Spetterà sempre per altro alla Autorità giudiziaria lo esaminare se colui che fa opposizione fosse in buona fede allorchè contrasse il primo matrimonio, poichè ove resultasse il contrario, la opposizione non sarebbe ammissibile per la ragione che il matrimonio annullato non avrebbe prodotto veruno degli effetti civili a favore dell'opponente *(arg. art.* 116, *capov.)*

253. La vedova, come lo abbiamo già detto, non può contrarre un nuovo matrimonio se non decorsi dieci mesi dallo scioglimento del matrimonio precedente. Così essendo, dispone l'*Art.* 86 che ove la vedova intenda contravvenire alla proibizione della legge il diritto della *opposizione* compete ai di lei ascendenti prossimi, ed a tutti i parenti del primo marito.

254. Il pubblico Ministero può sempre fare opposizione al matrimonio se conosca esservi qualche impedimento *(Art.* 87*)*. Vigile e custode della legge è nell'interesse della morale e dell'ordine pubblico che viene investito di qnesta facoltà.

Con ciò il nostro Codice ha riempito un vuoto che esiste nel Codice Francese lamentato dai più illustri scrittori, quello cioè, per modo di esempio, di non potere il pubblico Ministero col mezzo della *opposizione*, impedire un *incesto* mentre ha facoltà di fare annullare il matrimonio una volta che l'*incesto* fosse già commesso (79).

La giustizia della disposizione dell'*Art.* 87 è evidente. — Supponete che il coniuge di un assente voglia contrarre un nuovo matrimonio: il diritto di farvi opposizione spetterebbe soltanto all'assente; (*Art.* 85) ma egli è nella impossibilità di valersi di questa facoltà. È il pubblico Ministero allora che, prendendo la difesa e la cura di chi non può far valere i propri diritti, intenta la *opposizione* all'oggetto di impedire che si proceda ad un secondo matrimonio nella sussistenza del primo, in sostanza per prevenire un delitto quale si è la bigamia.

255. La esperienza ci insegna come i progetti di matrimonio i meglio avviati e realizzabili il più delle volte abortiscono per i ritardi e gli indugi che si frappongono alla loro effettuazione. — Bisogna pertanto, che la legge vi provveda con forme speciali di procedimento che stiano a garantire l'interesse delle parti. Questo, e non altro, è lo scopo della *procedura* speciale tracciata dagli *Art.* 88 e seguenti del Codice.

256. A norma del detto *Articolo* 88 ogni *atto* di opposizione deve esprimere e contenere 1.° la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farla. 2.° le cause della opposizione 3.° l'elezione di domicilio nel Comune ove siede il Tribunale nel cui territorio si deve celebrare il matrimonio.

Quest'*atto* deve essere notificato, nella forma delle *citazioni*, agli sposi e all'uffiziale dello *Stato civile* dinanzi al quale il matrimonio deve essere celebrato, *(Art.* 89*)* cioè deve essere fatto col ministero di Usciere, il quale, non potendo farsi giudice dell'atto, non potrebbe rifiutare il suo ministero qualunque sia la opposizione, qualunque siano i motivi della medesima (80).

Il procedimento da osservarsi per le opposizioni è il *sommario (Cod. di proc. civ. Art.* 797*)*.

257. Duplice è l'oggetto della opposizione — di sospendere la celebrazione del matrimonio — e dietro cognizione di causa di impedirla. Due quindi sono gli stadi di qnest'*atto*, quello della sua *ammissibilità*, quello della sua *giustizia*.

Perchè la *opposizione* produca l'effetto della sospensione l'*Art.* 90, richiede — che sia fatta da chi ne ha la facoltà, e per una causa ammessa dalla legge. — Non sembra però che sia il Tribunale quello, che deve decidere sulla *ammissibi-*

(79) *Duranton n.° 201.*

(80) *Marcadé sons l'art. 176.*

lità poichè l'*Art.* 91 del Regio Decreto per l'ordinamento dello *Stato civile* del 15 Novembre 1865, dispone, che l'Ufficiale dello stato civile, quando gli venga notificato un atto di opposizione, deve sospendere la celebrazione del matrimonio, purchè la opposizione sia fatta da chi ne ha la facoltà, e per causa ammessa dalla legge. Dunque è l'Ufficiale dello stato civile che si fa giudice della *ricevibilità*. Egli non può rifiutaro la celebrazione del matrimonio se non per causa ammessa dalla legge *(Art.* 98*)*. Se tale è il di lui obbligo gli spetta necessariamonte la facoltà di decidere se, per la *opposizione* ricevuta, debba o no sospendere la celebrazione.

Quando la opposiziono sia stata riconosciuta ammissibile dall'Ufficiale dello stato civile essa sospende la celebrazione fino a sentenza passata in giudicato, per la quale sia remossa la opposizione *(Dett. Art.* 90*)*.

258. L'opposizione al matrimonio può sempre essere utilmente fatta primachè il medesimo sia celebrato, ancorchè sia trascorso il termine per cui le pubblicazioni devono rimanere affisse (81).

259. Se il Tribunale respinga la opposizione è rimesso al suo prudente criterio, secondo la contigenza dei casi, di condannare l'opponente al risarcimento dei danni *(Art.* 91*)*.

La quantità di questi danni è ugualmente rilasciata alla prudenza dei giudici: essa dipende dalle circostanze, e sopratutto dal pregiudizio cho la opposizione abbia potuto cagionare alle parti interessate. Una opposizione mal fondata può stornare un matrimonio: esiste allora un gran pregiudizio, che bisogna riparare.

Però se gli opponenti siano gli ascendenti, o il pubblico Ministero, essi non possono essere condannati a risarcimento di danni *(Dett. Art.* 91*)*. — In quanto agli ascendenti il loro amore *presunto* per i discendenti toglie ogni sospetto di mala fede, e fa scusare il loro errore. — Quanto al pubblico Ministero, egli agisce per ragione di ufficio, ne potrebbe essere redarguito, menochè si provasse l'abuso o l'eccesso di potere.

260. La sentenza del tribunale è soggetta all'appello. Se la sentenza rigetta la opposizione il termine ad appellare è di giorni quindici dalla notificazione della medesima (82).

L'atto di appello deve contenore citazione a compariro in via sommaria in un tormine non minore de' giorni cinque nè maggiore di quindici.

261. Quanto si è detto intorno alle *opposizioni* non si applica al Re, e alla famiglia Reale *(Art.* 92*)*.

SEZIONE SECONDA

Celebrazione del matrimonio

262. Le *formalità* richieste dalla leggo por la celebrazione del matrimonio sono ordinate a conseguire la certezza che non vi siano *impedimenti*.

Queste formalità sono di due specie; le une devono precedero, le altre accompagnare il matrimonio.

CAPITOLO PRIMO

Formalità preliminari

—

SOMMARIO.

(81) *Decreto 15 Novembre 1865. Art. 92.*

(82) *Cod. di Proc. civ. Art. 797 1.° capov.*

274. Dispensa dalle pubblicazioni.
275. Autorità che possono concedere tali dispense.
276. Conseguenze derivanti dalla omissione delle pubblicazioni.
277. 278. Documenti da presentarsi all'uffizio dello stato civile.

263. Le formalità *preliminari* consistono. 1.° Nelle pubblicazioni. 2.° Nella esibiziono dei documenti richiesti dalla legge.

A.

Delle pubblicazioni.

264. La pubblicità è il principal carattere del matrimonio, ed un elemento di tale pubblicità sono le *pubblicazioni*, ossia l'annunzio del matrimonio, che devo essere celebrato.

265. La legge richiede due *pubblicazioni* da farsi per cura dell'Uffiziale dello stato civile — ad otto giorni di intervallo — in giorno di Domenica — e davanti la porta della casa comunale *(Art. 70 72)*.

266. Il Comune nel quale devono farsi le pubblicazioni è quello in cui ciascuno degli sposi ha la sua residenza *(Art. 71)*.

Quindi se gli sposi non risiedono nello stesso Comune, ma in Comuni diversi, le *pubblicazioni* devono eseguirsi in ambidue i Comuni.

Se però la residenza *attuale* duri da meno di un anno le pubblicazioni devono farsi ancho nel comune della residenza precedente *(Art. 71)*.

Ma può avvenire che uno, o ambidue gli sposi abbiano dimorato successivamento in luoghi diversi, senza che possa dirsi avere avuto residenza, cioè dimora abituale, in un luogo piuttostochè in un altro. In questo caso le pubblicazioni devono farsi all'ultimo domicilio, perchè dove presumersi, che ivi siano maggiormente conosciuti gli sposi, le loro condizioni, ed i loro rapporti *(arg. art. 75 del Decreto sull'ordinamento dello stato civile)*

267. La richiesta per le *pubblicazioni* deve farsi all'Ufficialo dello stato civile davanti al quale sarà per celebrarsi il matrimonio da ambidue gli sposi personalmente, o dal padre o dal tutore o da persona munita da essi di mandato speciale ed autentico. *(Detto Decreto Art. 65)*.

Tale richiesta può anche farsi da uno degli sposi se osista una promessa di matrimonio fatta per atto pubblico, o per iscrittura privata da chi sia maggiore di età, o dal minore autorizzato dalle persone, il concorso dello quali è necessario per la celebrazione del matrimonio *(Cod. civ. art. 54 73)*. — Però in questo caso le firme dei contraenti, e di coloro che vi intervennero per dare il loro consenso, devono essere autenticate dal Sindaco del luogo in cui fu fatta la promessa, o da un Notaio *(Decreto sullo stato civ. Art. 66)*. L'Ufficiale che procedesse alla pubblicazione di un matrimonio senza la richiesta o il consenso di ambidue gli sposi incorrerebbe nella multa da 100 a 1000 liro Italiane *(Cod. civ. art. 125)*.

268. Chi richiede le *pubblicozioni* deve dichiarare avanti l'Uffiziale dello stato civile. 1.° Il nome, cognome, professione, e luogo di nascita degli sposi. 2.° Il luogo di loro residenza nell'ultimo anno. 3.° Il nome, cognome, professione, e residenza dei loro genitori. 4.° Se abbiano ascendenti, o padre adottive, o se sia richiesto il consenso del consiglio di famiglia o di tutela. 5.° Se tra gli sposi esista un qualche impedimento di parentela o di affinità. 6.° Se gli sposi abbiano già contratto precedente matrimonio. 7.° Se niuno degli sposi si trovi nelle condizioni acconnate dagli *Articoli* 61 e 62 del Codice Civile.

A tali dichiarazioni devono essere presenti due testimoni, i quali dovono confermare con giuramento le dichiarazioni stesse, e firmare l'atto di richiesta *(Decreto sullo stato civile art. 67)*.

269. Se si tratti di un sordo-muto, che sappia leggere e scrivere, la richiesta viene presentata in iscritto. Ma se o-

analfabeto l'Ufficiale dello stato civile chiama un interpetre fra i parenti del medesimo, o le persone che gli sono più famigliari, e fattolo giurare di tradurre fedelmente i segni, riceve la dichiarazione (*Detto Decreto Art.* 76).

270. Quando l'Ufficiale creda di non poter procedere alle *pubblicazioni* deve rilasciarne *certificato* esprimente i motivi del rifiuto. — Il richiedente può ricorrere al tribunale civile, il quale provvede, premesse le conclusioni scritte del pubblico Ministero (*Cod. civ. Art.* 75).

271. Ricevuto il processo di richiesta delle pubblicazioni, l'ufficiale dello stato civile stende l'*atto* relativo, e lo fa affiggere alla porta della casa comunale nelle due Domeniche immediatamente successive. — Tale *atto* deve restare affisso nell'intervallo tra l'una e l'altra pubblicazione, e per tre giorni successivi. (*Detto Decreto Art.* 83. — *Cod. Civ. Art.* 72).

272. Dirette come sono le pubblicazioni a conoscere se vi siano impedimenti al matrimonio, l'*atto* relativo deve indicare il nome, il cognome, la professione, il luogo di nascita, e la residenza degli sposi; se essi siano maggiori o minori di età, e il nome, il cognome, la professione, e la residenza dei genitori (*Cod. civ. art.* 70 *capov.*) — Di più deve enunciare se sia la prima o la seconda pubblicazione, ovvero se sia l'unica per dispensa ottenuta, e davanti a quale ufficiale dello stato civile sarà celebrato il matrimonio (*Dett. Decreto art.* 84).

273. Le pubblicazioni si considerano come non avvenute se il matrimonio non è celebrato nel termine di centottanta giorni successivi. (*Cod. civ. art.* 77).

274. Il Re, o le autorità a ciò delegate possono dispensare da una, ed anche da ambedue le pubblicazioni (*Art.* 78). Questa facoltà per altro non è, ne può essere *arbitraria*. — Devono concorrere *gravi motivi*, dice l'*Art.* 78, per dispensare da una delle pubblicazioni. — Devono concorrere *cause gravissime* per accordare dispensa da ambedue. Spetta quindi alle Autorità, all'uopo delegate, lo esaminare se nelle speciali circostanze del caso si verifichino ragioni tali che, di fronte all'interesse generale ed a quello dei richiedenti, si renda necessario recedere dall'adempimento di una formalità così importante quale si è quella delle pubblicazioni.

Sarebbe impossibile nella innumerabile varietà dei casi stabilire norme e regole in proposito. Ma configuriamo, per esempio — che alcuno debba partire per lontane regioni al di là dei mari — che un militare debba entrare in campagna, o trovisi alla vigilia di una battaglia. — che la sposa sia in stato *interessante*, e si voglia evitare lo scandalo di un parto che si verificherebbe avanti, o poco tempo dopo il matrimonio — che si tema la sopravenienza di una opposizione mal fondata o diretta esclusivamente a differire il matrimonio per tutto quel tempo, che fosse necessario a farlo svanire (1).

In tutte queste ipotesi certamente si verificherebbe un motivo, una causa per fare uso della facoltà concessa dalla legge.

275. Le Autorità delegate dal Re a concedere dispensa dalle pubblicazioni sono il Procuratore del Re presso il Tribunale nella cui giurisdizione trovasi l'ufficio nel quale sarà celebrato il matrimonio, ed il Ministro di Grazia e Giustizia (*Dett. Decr. art.* 82).

Il Procuratore del Re non può concedere dispensa che da una sola pubblicazione. — Per ottenerla occorre che la relativa *domanda* sia corredata degli atti di nascita, e di consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela, ove sia necessario e degli altri documenti giustificativi che occorrono (*Dett. art.* 82).

Se si tratta di dispensa da ambedue le pubblicazioni, oltre i documenti sopra-

(1) « *Si probabilis fuerit suspicio matrimo-* « *nium maliliose impediri posse si tot praeces-* « *serint denuntiationes.* » Conc. Trident. Sess. 24 cap. 1.

menzionati deve presentarsi un *atto di notorietà* col quale cinque persone, ancorchè parenti degli sposi, dichiarino con giuramento davanti al Pretore del mandamento di uno di essi, di ben conoscerli, indicando esattamente il nome cognome, la professione, e la residenza dei medesimi e dei loro genitori, e di potere assicurare sulla loro coscienza, che nessuno degli impedimenti stabiliti dagli *Art.* 56 57 58 59 60 61 e 62 si oppone al loro matrimonio (*Cod. Civ. Art.* 78).

La *domanda* si presenta al Procuratore del Re, il quale trasmette le carte relative, col suo parere, al Ministro di Grazia e Giustizia (*Detto Decr. art.* 82 2.° *capov.*)

276. Per quanto importante ed essenziale sia la formalità delle *pubblicazioni*, la loro omissione però non porta alla nullità del matrimonio, inquantochè niuna disposizione di legge commina tal nullità.

Ma se non si è proceduto alle *pubblicazioni* richieste, o non se ne è ottenuto dispensa; se non è stato osservato il termine che deve correre tra le due pubblicazioni e la celebrazione del matrimonio, il Procuratore del Re deve promuovere e far pronunziare dal tribunale correzionale l'applicazione della multa da 200 a 1000 Lire tanto contro l'Ufficiale dello stato civile, quanto contro gli sposi; o respettivamente della multa contro l'ufficiale da 100 a 500 Lire (*Cod. civ. art.* 123 126).

II.

Documenti da presentarsi all' uffizio dello stato civile.

277. Questi documenti sono i seguenti.

1.° L'estratto dell'atto di nascita di ambidue gli sposi (*Art.* 69). — Se sono nella impossibilità di procurarselo può esservi supplito con un *atto di notorietà* formato davanti il Pretore del luogo della loro nascita, o del loro domicilio. — L'*atto di notorietà* deve contenere la dichiarazione giurata di cinque testimoni dell'uno o dell'altro sesso, ancorchè parenti degli sposi, in cui con tutta esattezza e precisione essi indicheranno il nome e cognome, la professione e residenza dello sposo e dei suoi genitori, se conosciuti, il luogo, e per quanto sia possibile, il tempo di sua nascita, i motivi per cui non può produrre l'atto corrispondente, e le cause di scienza di ciascun testimone (*Art.* 80).

2.° Gli *atti di morte*, o le sentenze che provino lo scioglimento e la nullità dei loro precedenti matrimoni (*Art.* 79). — Trattandosi di una vedova l'ufficiale dello stato civile deve avvertire specialmente che siano decorsi i dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente a norma dell'*Art.* 57, — Trattandosi dello sposo che nell'anno precedente abbia avuto la sua residenza all'estero, esso deve fare constare la sua libertà di stato pel tempo che dimorò all'estero (*Detto Decr. art.* 72 75).

3.° L'*atto* comprovante il consenso degli ascendenti, o del consiglio di *famiglia* o di *tutela* nei casi nei quali è richiesto dalla legge (*Cod. civ. art.* 79). Quest'*atto* deve essere *autentico* — deve contenere la precisa indicazione tanto dello sposo al quale si da il consenso, quanto dell'altro; e deve esprimere ancora il nome e cognome, la professione residenza, e il grado di parentela delle persone che danno il consenso. — Se si tratta del consenso del consiglio di famiglia o di tutela, questo consenso deve constare da una *deliberazione* che contenga le indicazioni surramentate (*Art.* 81).

Quando gli ascendenti siano nella impossibilità di manifestare la loro volontà, ciò deve essere giustificato dagli sposi mediante la produzione dei relativi documenti, quando essa consti in modo legale, come nella assenza *dichiarata*, nell'*interdizione* pronunziata, ed in casi simili; e mediante la produzione di un atto di notorietà redatto nelle forme indicate dal-

l'*Art.* 80 del Codice civile, quando l'impossibilità non consti ancora altrimenti nei modi legali, come nei casi di *assenza presunta* di malattia mentale, e simili (*Detto Decret. art.* 70).

4.° Il certificato delle seguite pubblicazioni o il decreto di dispensa (*Cod. civ. art.* 79.) Colla presentazione di una copia del decreto di dispensa vengono esclusi gli impedimenti di parentela o di affinità (*Detto Decr. art.* 71).

5.° Se lo sposo è in attività di servizio militare, o nel numero di coloro che sono assimilati ai militari, oltre i documenti surramentati deve presentare all'uffizio dello stato civile il permesso del Re, o del Ministero della Guerra in conformità dell'*Art.* 53 del Regolamento di disciplina militare approvato col regio decreto 30 Ottobre 1859 (*Detto Decret. Art.* 69).

278. La enumerazione dei documenti richiesti dall'*Art.* 79 del Codice è tassativa. Può por altro avvenire che tali documenti si trovino insufficienti a giustificare la libertà degli sposi, e la loro condizione di famglia. Appunto, per questo, il detto *Articolo* 79 dispone nel suo ultimo *capoverso* che debbano presentarsi anche gli altri documenti che nella varietà dei casi possono essere necessari a giustificare quanto si richiede dalla legge.

L'esame della concludenza o no di questi documenti è rimesso al giudizio dell'Ufficiale dello Stato Civile. Egli è responsabile dei suoi atti, ed anche sottoposto a pena in caso di contravvenzione; quindi quando lo creda giusto può rifiutarsi alla celebrazione del matrimonio rilasciando certificato esprimente i motivi del suo rifiuto come abbiamo accennato superiormente; è in quosto caso che subentra il giudizio del Tribunale (*Art.* 98).

CAPITOLO SECONDO

Formalità che accompagnano il matrimonio

—

SOMMARIO

279. Distinzione di queste formalità.
280. Dove deve essere celebrato il matrimonio.
281. 282. Testimoni richiesti ad assistere alla celebrazione. — Qualità che debbono avere.
283. Se l'adibizione di una donna come testimone vizi l'atto di matrimonio.
284. 285. Formalità speciali che accompagnano la celebrazione — loro ragione.
286. Se possa celebrarsi matrimonio per procura.
287. 288. Se sia nullo il matrimonio celebrato fuori della casa comunale.
289. 290. 291. Atto di matrimonio — cosa debba contenere — quali omissioni possano renderlo nullo.
292. Matrimonio dei sordo-muti.
293. Riconoscimento dei figli nell'atto di matrimonio.
294. Matrimoni in extremis.
295. Se possa procedersi a tali matrimoni senza pubblicazioni quando non vi siano figli naturali da riconoscere.
296. Matrimonio del Re o dei membri della famiglia reale.

279. Nelle *formalità*, che devono accompagnare il matrimonio occorre ben distinguere quelle, che nel concetto della legge sono *sostanziali* ed integrative dell'*atto* da quelle che non sono se non se *accidentali*, e che servono di complemento all'atto medesimo. Così — la competenza dell'ufficiale, che deve celebrare il matrimonio — la presenza dei testimoni — la dichiarazione degli sposi di prendersi respettivamente in marito e moglie, sono condizioni essenziali alla validità del matrimonio. All'incontro — il luogo dove deve essere celebrato il matrimonio — le indicazioni cho devono contenersi nell'atto — la lettura degli articoli di legge da farsi dall'ufficiale dello stato civile, sono formalità che servono a corroborare l'*atto* medesimo, ma cho non ne costituiscono l'essenza.

280. La celebrazione deve essere fatta davanti all'ufficiale dello stato civile (*Art.* 93). La sua presenza è indispensabile, essendo l'autorità espressamente delegata, ed il testimone necessario degli impegni degli sposi, che egli riceve a nome della legge, ne una divorsa autorità potrebbe disimpegnarne le veci.

La competenza dell'ufficiale è determinata dal *domicilio* o dalla *residenza* di uno degli sposi *(Detto art. 93)*. — La legge rilascia alla loro scelta di celebrare il matrimonio davanti l'ufficiale del Comune in cui alcuno di essi ha il domicilio o la residenza, ma gli vieta per altro di celebrarlo davanti ad un ufficiale di un Comune diverso.

L'ufficiale incompetente, tanto per ragione di domicilio o di residenza degli sposi, che celebrasse il loro matrimonio anderebbe sottoposto a una multa da 500 a 2000 lire, ed il matrimonio potrebbe essere impugnato per nullità *(Art.* 104 124*)*.

281. Alla celebrazione del matrimonio devono assistere due testimoni *(Art. 94)*. La loro presenza è una formalità sostanziale, che interessa l'ordine pubblico, ed è diretta ad impedire gravissimi inconvenienti, come sarebbe, tra gli altri, quello, che un uffiziale dello stato civile corrotto potesse supporre e constatare nei suoi *registri* un matrimonio ad insaputa dei pretesi sposi, che incontrerebbero poi le più gravi difficoltà per provarne la falsità. Ciò viene confortato anche dall'esempio di quanto è prescritto pei matrimoni *religiosi*, che la Chiesa considera per non avvenuti se non sono contratti in presenza del proprio Parroco, e di due testimoni (2).

282. I testimoni vengono scelti dalle parti; devono essere di sesso maschile, avere compiuti gli anni ventuno, e risiedere nel Comune *(Art. 351)*. Non importa però che siano parenti delle parti stesse *(Art. 94)*.

283. Nel seno della Commissione per la coordinazione del Codice civile venne avanzata la proposta di ammettere anche le donne come testimoni negli atti di matrimonio: ma tale proposta fu rigettata sembrando un passo troppo ardito quello di fare intervenire le donne ad un atto pubblico (3). Il rigetto fu certamente logico, poichè escluse come sono le donne dall'esercizio dei diritti *politici*, non poteva accordarsi loro il diritto di figurare quali testimoni istrumentali negli atti ricevuti da un pubblico ufficiale.

Ma ove venisse adibita una donna come testimone rimarrebbe viziato l'atto di matrimonio? Crediamo che si. La legge esige la presenza di due testimoni, *(art. 94)*, che dichiara dover essere di sesso maschile *(art. 351)*; sottopone alla multa di lire 100 a lire 500 l'ufficiale che a ciò abbia contravvenuto *(art. 126)*, e dispone che può essere impugnato per nullità il matrimonio contratto » *senza la presenza dei voluti testimoni* » *(art.* 104 1.° *capov.)* Ora con queste espressioni — *voluti testimoni* — pare a noi che detto *articolo* si riferisca non solo al numero dei medesimi, ma ancora alla loro *qualità*, perchè ha voluto che due siano i testimoni, e che siano di sesso maschile.

284. Nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza dei testimoni, da lettura agli sposi degli *Articoli* 130, 131 e 132 del Codice civile concernenti i diritti e doveri respettivi dei coniugi. Questa lettura non ha altro scopo se non se quello di richiamare le parti a riflettere, in un momento in cui sono sempre liberi, sulle conseguenze dell'*atto* che vanno a compire.

Ciò eseguito l'Ufficiale riceve da ciascuno degli sposi *personalmente*, l'uno dopo l'altro, la dichiarazione che essi si vogliono respettivamente prendere in marito e moglie, e quindi pronunzia in nome della legge, che sono uniti in matrimonio. *(Art. 94)*.

285. Le dichiarazioni degli sposi di prendersi respettivamente in marito e moglie devono essere certe e positive, nè possono venir sottoposte a *termine* o a *condizione*. Per lo che se dichiarassero, che il loro matrimonio dovesse durare

(2) *Procs. verb. della Commiss. coord. del Cod. civ. pag. 85.*

(3) *Detti Proc. verb. pag. 139.*

per un tempo determinato, per esempio, per un anno, oppure che dovesse avere effetto ovo si verificasse un dato evento, l'Ufficiale non potrebbe procedere alla celebrazione, *(art. 95)* ed ove vi procedesse, la *condizione* ed il *termine* dovrebbero aversi per non apposti, ed il matrimonio dovrebbe ritenersi per valido (4). L'ufficiale poi anderebbe sottoposto alla multa da 300 a 2000 lire *(Art. 124 capov.)*

286. Si è detto, che l'ufficialo devo ricovere le *dichiarazioni* dogli sposi *personalmente*, e che deve dar lettura ai medesimi degli *Articoli* 130 131 e 132 dol Codice.

I termini precisi ed assoluti coi quali è concepito l'*Articolo* 94 escludono ad evidenza che il matrimonio possa celebrarsi col mezzo di un mandatario. Se ciò fosse, la *lettura* prescritta dalla legge fatta ad un procuratore non sarebbe che una vana formalità. — Certamente con le surriferite disposizioni il Legislatore ha inteso o voluto prescrivere il matrimonio per *procura*, ed evitare così i gravi inconvenienti tanto per le questioni sulla validità ed estensione del mandato, quanto per la possibilità del pentimento fino all'istanto della espressione del consenso, come puro per i cambiamenti che possono succedere nelle condizioni personali dei contraenti a datare dal rilascio del *mandato* fino al momento della celebrazione del matrimonio (5).

287. Niente deve essere nascosto in un *atto* nel quale il pubblico stesso è interessato, e che dona una nuova famiglia allo Stato. Dispone quindi l'*Art.* 93 che il matrimonio devo essere celebrato nella *casa comunale* e *pubblicamente*. Celebrato in altro luogo, so non è necessariamente ritenuto per *clandestino*, si presume per lo meno tale fino a prova evidente in contrario (6).

Ma vi può essere la necessità o la convenienza di colebrare il matrimonio in altro Comune. In questo caso l'ufficialo *competente* ne farà richiesta all'ufficiale del Comune dove dovrà celebrarsi, esprimendo nolla domanda i motivi che ve lo hanno indotto *(Cod. civ. Art. 96. — Decreto per l'ord. dello stat. civ. art. 103)*.

288. La celebraziono del matrimonio nella casa comunalo non è che un elemento della *pubblicità*, che d'altronde non è poi indispensabilo quando il matrimonio sia stato bastantemente pubblico (7). Ciò è tanto voro, che mentre la legge accorda l'azione di nullità per la incompetenza dell'ufficiale, o per la mancanza dei testimoni *(art. 104)* si tace affatto pel caso in cui il matrimonio sia stato celebrato in luogo diverso da quello designato. Per lo chè tutto si riduce ad una apprezzazione di fatto per stabilire il grado di *pubblicità*, apprezzazione che rientra nel potere sovrano dei Giudici (8). Si comprende del resto, che gli usi del luogo dove è stato celebrato il matrimonio hanno necessariamento una grande influenza sopra la questione di *pubblicità*.

Così il matrimonio celebrato la notte, a un'ora del mattino, non potrebbe essero annullato come *clandestino*, se questa maniera di procedere non ha niente di insolito, e trovi spiegazione nell'*uso*, che niente toglie alla pubblicità del fatto (9).

Così ugualmente un matrimonio non potrebbe essero attaccato di clandestinità, o conseguentemente di nullità, perchè celebrato fuori della casa comunale, se il luogo della celebrazione è quello ove l'ufficiale dello stato civile ha l'abitudine di fare portaro i *Registri*, e di celebrare i matrimoni degli abitanti del Comune (10).

---

(4) *Detti proc. verb. pag. 88.*

(5) *Dett. Proc. verbal. pag. 81 e 226.*

(6) *Delvincourt. Tom. 1. pag. 67 Not. 8.*

(7) *Toullier. Tom. 1 n.° 642. — Zachari. Tom. 3. pag. 306.*

(8) *Cass. 22 juilet. 1807. Themines — 21 juin 1814 Sabones c. Sarrade.*

(9) *Paris 13 Aout 1831. (Tom. 2. 1832 pag. 143).*

(10) *Lyon 10 Mars 1853 (Tom. 1. 1851. pag. 566.*

È stato ancora ritenuto, che il matrimonio celebrato nella casa di abitazione di uno degli sposi non è nullo, e che il voto della legge, relativamente alla *pubblicità*, è sufficientemente adempito dalla presenza dell'ufficiale dei testimoni, e dalla trascrizione dell'*atto* nei Registri all'uopo destinati (11).

289. Immediatamente dopo la celebrazione deve essere compilato l'*atto* di matrimonio (*Art.* 94 *capov*).

Quest'*atto* deve contenere — il nome e cognome, l'età e la professione, il luogo della nascita, il domicilio o la residenza degli sposi, — il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei loro genitori — il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, nei casi in cui è necessario, o il provvedimento della Corte d'appello in caso di rifiuto — la data delle eseguite pubblicazioni, o il decreto di dispensa — la data del decreto di dispensa che sia stata concessa da alcuno degli impedimenti menzionati nel l'*Art.* 68 — la dichiarazione degli sposi di volersi unire in matrimonio — il luogo in cui seguì la celebrazione del matrimonio nel caso espresso dall'*Art.* 97, ed il motivo del trasferimento — la recognizione della unione degli sposi, che l'ufficiale dello stato civile fa in nome della legge. (*Art.* 383).

290. L'atto di matrimonio colle indicazioni sovraenunciate viene trascritto nei *registri* a ciò destinati, (12) e deve essere sottoscritto dagli sposi, dai testimoni, e dall'Uffiziale. — Se gli sposi, o i testimoni non possono sottoscrivere l'*atto*, si fa menzione della causa dell'impedimento (*Art.* 353).

291. Come abbiamo accennato (*n.°* 279) la dichiarazione degli sposi di volersi unire in matrimonio fatta davanti all'ufficiale dello stato civile, ed alla presenza di due testimoni, costituisce la parte sostanziale dell'*atto*. Le altre *forme* prescritte dalla legge stanno a corroborare ed autenticare l'*atto* stesso, ma non ne costituiscono l'essenza.

Quindi non sarebbe nullo un *atto* di matrimonio, se vi mancasse la firma di una delle parti contraenti, ove questa mancanza fosse soltanto il resultato di una inavvertenza, o di un errore, quando specialmente vi fosse la firma dell'altra parte, dei testimoni, e dell'ufficiale che lo ha ricevuto in tal qualità (13).

Non sarebbe pure causa di nullità la omissione della *menzione* ove è stato celebrato, allorchè resulti dalle circostanze, che il matrimonio è stato celebrato nel Comune di uno degli sposi (14).

Anche una falsa *data* non vizierebbe l'*atto*, se non esisteva un impedimento dirimente all'epoca della data indicata come la vera (15).

In tutte queste ipotesi spetterebbe, poi sempre ai Giudici di apprezzare se le contravvenzioni alla legge siano sufficienti per togliere all'*atto* di matrimonio il suo carattere di *pubblicità*, e di *autenticità*.

292. Trattandosi che uno degli sposi sia sordo, o sordo-muto, devono osservarsi le seguenti *formalità* stabilito dal rammentato Decreto per l'ordinamento dello *stato civile*.

— Art. 98. » *Allo sposo che sia sordo,* » *o sordo-muto, ma che sappia leggere,* » *l'ufficiale dello stato civile presenta il Co-* » *dice civile affinchè legga gli articoli* 130 » 131 *e* 132. »

» *Lo sposo sordo-muto che sa scrivere* » *deve fare per iscritto la dichiarazione di* » *volere maritarsi.* »

— Art. 99. » *Se lo sposo sordo o sor-* » *do-muto non sa ne leggere, ne scrivere,*

(11) — *Riom 10 juill. 1829. Benoit c. Vedeux — Toulouse 26 Mars 1824. Caubère c. Bois et Fillons.*

(12) *Decreto per l'ordine dello stat. civil. Art. 91.*

(13) *Montpellier 4. Fev. 1840. (Tom. 2. p. 843).*

(14) *Lieger 4 Fev. 1819. D'Ontremont.*

(15) *Bourges 23 Mai 1822. Millereau c. Jourdan.*

» *l'ufficiale dello stato civile chiama un in-* » *terprete fra i parenti o famigliari di lui,* » *e fattogli prestare giuramento, si vale del* » *medesimo per indirizzargli le domande,* » *ricevere le risposte, e dargli comunica-* » *zione delle disposizioni di legge. — L'a-* » *dempimento di tali formalità si fa con-* » *stare nell'atto di matrimonio.* »

293. Nell'atto di matrimonio possano gli sposi riconoscere i figli naturali (*Cod. civ. art.* 197). — In questo caso l'ufficiale dello stato civile riceve la relativa didichiarazione, e la fa constare nell'*atto* stesso del matrimonio. Se l'atto di nascita dei figli fù già ricevuto nei suoi *registri*, provvede perchè sia fatta menzione del riconoscimento su ambidue gli originali (*Detto Decreto art.* 100).

294. Il nostro Codice ammette i matrimoni *in extremis* (16). — Chiamansi così quelli contratti in fin di vita di una delle parti, che anteriormento avevano vissuto in illecito commercio. Questi matrimoni di un moribondo, se mancano al loro vero scopo, sono reclamati per altro dal rispetto dovuto ai costumi, dalla pietà verso figli innocenti ed infelici, dal grido della coscienza di un uomo desideroso di riparare gravi torti della sua vita sul punto di abbandonarla, infine dalla sventurata condizione di una donna sovente ingannata da fallaci promesse (17).

295. Quando pertanto si tratta di tali matrimoni l'Ufficiale dello stato civile si trasferisce col Segretario nel luogo in cui si trova lo sposo impedito, ed ivi alla presenza di quattro testimoni procedo alla celebrazione (*Cod. civ. art.* 97).

Ma potrà procedersi a tali matrimoni senza le *pubblicazioni*. e senza averne ottenuta la *dispensa?* — Il detto *Art.* 97, tace affatto su ciò, e solo prescrive che la celebrazione deve seguire colle forme stabilite dall'*Art.* 94, che, cioè, l'Ufficiale deve ricevere la dichiarazione delle parti di prendersi in marito, e moglie; e di pronunziare in nome della Legge che sono unite in matrimonio, e questo alla presenza non di due, ma di quattro testimoni. — L'*Articolo* 78 del Decreto per l'ordinamento dello stato civile dispone, che nel caso di imminente pericolo di vita, se gli sposi hanno prole naturale vivente che intendono legittimare, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla celebrazione del matrimonio omessa ogni formalità, purchè vi preceda 1.° la dichiarazione giurata di quattro persone, che accertino non esistere fra gli sposi impedimenti di parentela, di affinità, o distato; 2.° il consenso degli ascendenti o del tutore.

Confrontando la disposiziono di quest'*articolo* con quella dell'*art.* 97 del Codice resulta ad evidenza, che nella esistenza di prole naturale che si intenda legittimare può procedersi al matrimonio senza le pubblicazioni, o la dispensa, perchè a tali pubblicazioni supplisce la attestazione di quattro testimoni relativamente agli impedimenti, e la presenza di quattro testimoni all'atto della celebrazione. Ma ammesso, che gli sposi non abbiano figli saranno necessarie le pubblicazioni, oppure il decreto di dispensa? Ben si intende che si tratta di uno che è in pericolo di vita. — Supponiamo che il medesimo si trovi lontano dalla sede del Governo, e che manchi il tempo materiale per domandare ed ottenere dal Ministro Guardasigilli la *dispensa.* Dunque ammessa la necessità delle pubblicazioni o della dispensa, la facoltà concessa all'Ufficiale dello stato civile dall'*Art.* 97, di trasferirsi alla casa dello sposo impedito, ed ivi celebrare il matrimonio rimarrebbe frustranea ed inutile. Ma ciò non può essere, e riteniamo che la esistenza della prole da legittimarsi di cui parla l'*Art.* 78 del decreto per l'ordi-

(16) *Cod. civ. art. 97. — Decreto sullo stat. civ. art. 78. — Vedi Process. verbal. della Commiss. pag. 76.*

(17) *Relaz. della Commiss. Senat. sul proget. del lib. 1.° del Cod. civ.*

namento dello stato civile sia contemplata da quell'*articolo* dimostrativamente ma non tassativamente, ne formi condizione alla celebrazione del matrimonio. D'altronde non sapremmo trovare ragione perchè debbano omettersi le formalità prescritte quando esistono figli da legittimarsi, e non nel caso inverso. Ma anche la donna alla pari dei figli, deve essere tutelata, e protetta dalla legge. Anche essa, nell'interesse della morale e della giustizia, ha diritto di ottenere una *posizione* sociale, e di essere riabilitata, mediante il matrimonio, nella pubblica estimazione.

296. Avvertiremo per ultimo che nei matrimoni del Re e della famiglia Reale l'uffiziale dello stato civile è il Presidente del Senato del Regno; e che il Re determina il luogo della celebrazione, la quale può anche farsi per procura *(Cod. Civ. art. 99)*.

CAPITOLO TERZO

Del matrimonio dei cittadini in paese estero, e degli stranieri nel regno

—

SOMMARIO

297. 298. Il matrimonio dei cittadini all'estero è valido se celebrato secondo le formalità ivi stabilite. — Ragione della disposizione.
299. 300. Se la osservanza di queste formalità costituisca una condizione ed un obbligo per il cittadino. — Distinzioni che devono farsi in proposito.
301. 302. 303. 304. 305. Condizioni prescritte per la efficacia di tali matrimoni.
306. 307. 308. Il cittadino che si marita all'estero deve conformarsi alle prescrizioni del Codice per ciò che riguarda la sua capacità a contrarre matrimonio.
309. Matrimonio degli stranieri nel Regno.
310. La loro capacità a contrarlo è regolata dalle leggi del paese al quale appartengono.
311. 312. 313. Da quali leggi siano regolati i matrimoni tra un cittadino ed uno straniero celebrati nel Regno.

297. Nel parlare del matrimonio dei cittadini in paese estero dobbiamo esaminare distintamente le due ipotesi configurate dall'*Art.* 100, cioè — che ambidue i contraenti siano cittadini Italiani — che uno dei contraenti sia straniero.

298. Si priverebbe certamente il cittadino del diritto di contrarre matrimonio in paese estero se lo si volesse obbligare ad osservare le *forme* stabilite in Italia. — È la legge del *luogo* che deve regolare la forma dell'*atto* dietro la nota regola « *locus regit actum* » regola consacrata dall'*Art.* 367 del nostro Codice ed applicata ai matrimoni dall'Arti» colo 100. *Il matrimonio seguito in paese » estero tra cittadini, o tra un cittadino, » ed uno straniero è valido, purchè sia ce» lebrato secondo le forme stabilite in quel » paese*.

299. Ma questa disposizione che ritiene valido il matrimonio contratto all'estero se celebrato colle *forme* ivi usitate costituisce un obbligo?... In altri termini i contraenti sono necessariamente obbligati a celebrare il matrimonio secondo le *forme* prescritte dalla legge del *luogo?*

Noi crediamo, che debba distinguersi, se i contraenti sono ambiduo cittadini Italiani, oppure uno solo di loro. Se ambidue sono cittadini non vi sarebbe ragione di obbligarli all'adempimento delle *forme* prescritte dalle leggi di quel paese anzichè celebrare il matrimonio secondo le formalità stabilite dal nostro Codice. È vero che la disposizione dell'*Art.* 100 » *purchè sia celebrato secondo le forme stabilite » in quel paese* » potrebbe far credere che importasse una condizione ed un obbligo. Però il successivo *art.* 368 elimina pienamente il dubbio inquantochè dispone » ivi. » *È in facoltà dei cittadini che si » trovano fuori del Regno di far ricevere » gli atti di nascita, matrimonio o morte » dai Regi Agenti Diplomatici o Consolari, » purchè si osservino le forme stabilite » da questo Codice.* » Tanto più, che gli agenti diplomatici o consolari, ricevendo un atto di matrimonio vengano ad assumere le funzioni di ufficiale dello stato

...vile, essendo loro specialmente attribuita ...l qualità dal *art.* 10, del decreto per lo stato civile del 15 Novembre 1865. Per lochè si può francamente concludere che, nel tema di matrimonio tra cittadini all'estero, è in loro facoltà di celebrarlo o nelle forme stabilite dalle leggi di quel paese, o in quelle stabilite dal Codice civile.

300. Se però uno dei contraenti è straniero, il matrimonio deve celebrarsi secondo le leggi del suo paese. — La facoltà concessa dal rammentato *Art.* 368 riguarda esclusivamente il cittadino, non lo straniero; al quale, d'altronde, non si potrebbe imporre l'adempimento di formalità stabilite da una legislazione a cui non è soggetto.

La giurisprudenza Francese interpetrando l'Art. 170 del Codice Napoleone, del quale il nostro *Articolo* 100 è una *copia*, si è pronunziata in questo senso ritenendo, che tali matrimoni non possono essere celebrati che dagli Ufficiali del paese, perchè essi soli hanno competenza in ciò che riguarda lo straniero (18).

301. Il cittadino, che contrae matrimonio all'estero ha però degli obblighi e delle condizioni da adempiere per renderlo efficace. Tali obblighi e condizioni consistono 1.° Nel far procedere alle pubblica... l Regno *(art.* 100 *capov.)* 2.° Nel fare ...scrivere, nei tre mesi dal suo ritorno ...l Regno, l'atto di matrimonio nei *Re...stri* dello stato civile del Comune dove avrà fissato la sua residenza *(art.* 101*)*.

302. Le pubblicazioni, lo abbiamo già detto, non costituiscono una condizione essenziale del matrimonio; e come la loro omissione nei matrimoni contratti nel Re...o non ne produce la nullità, non si po...bbe credere che tale omissione portasse ...a nullità di un matrimonio contratto in paese estero. Sarebbe veramente forzare il significato dell'*Art.* 100 per farne sortire una nullità assoluta mentre di nullità non si fa in esso parola, ma solo si prescrive che » *le pubblicazioni devono anche farsi nel Regno.* »

Certo è peraltro, che apparterrà sempre ai Tribunali di apprezzare le conseguenze più o meno gravi del difetto di pubblicazioni, secondo la intenzione presunta delle parti; che hanno commesso la infrazione, e la qualità delle persone che se ne sono prevalse (19).

303. L'*Art.* 101 prescrive al cittadino, che ha contratto matrimonio all'estero di farlo iscrivere, nei tre mesi dal suo ritorno nel Regno, nei registri dello stato civile del Comune dove avrà fissata la sua residenza.

Questo termine di tre mesi non è di rigore ne *fatale*, e la trascrizione può essere fatta anche dopo la sua spirazione, e come opinano alcuni, anche dopo la morte degli sposi (20).

304. È da osservarsi, che la tardività o la omissione della trascrizione non potrebbero in nulla modificare gli effetti civili, che sono il resultato del matrimonio per se stesso, perchè adempite le forme prescritte dalla legge il matrimonio è già posto in essere, è perfetto, e la trascrizione, mera circostanza accidentale ed estrinseca, non può avere efficacia a convalidarlo maggiormente.

Per esempio; gli eredi *collaterali* di uno degli sposi non potrebbero opporre ai figli nati dal matrimonio, del quale non è stata eseguita la trascrizione, la *illegittimità* per difetto della trascrizione stessa, perchè la *legittimità* dei figli è un effetto civile del matrimonio per se stesso, senza che faccia di bisogno della tra-

(18) *Duranton N.° 234 not. 235. — Marcadé sous l'art. 170 n.° 2. — Cassat. 10 Aout 1819. Sommaripa c. Gaudin.*

(19) *Demolomb n.° 224 pag. 345.*
— Cass. 18. Aout. 1841. Tom. 2. 1841. pag. 750. Petit c. Desmaneches.

(20) *Toullier. Tom. 1. n.° 579.*
— Zachariae Tom. 3. § 468.
— Demolomb. N.° 228.

scrizione per sanzionare un tal diritto (21).

Ugualmente la mancanza di trascrizione non nuocerebbe alla domanda *in nullità* diretta contro un secondo matrimonio, che uno degli sposi avesse contratto in Italia, in disprezzo dell'Art. 56, avanti la trascrizione dell'*atto di celebrazione* di quello contratto all'estero (22).

305. Però vi sono degli effetti civili che il matrimonio produce, non di per se stesso, ma in quanto si riattaccano, segnatamente di fronte ai terzi, alla *pubblicità* del medesimo.

Configurate, per modo di esempio, che la donna, prima della trascrizione del matrimonio, siasi obbligata senza avere ottenuto la autorizzazione maritale. Certamente in questo caso non può opporsi ai terzi il difetto di autorizzazione, perchè si tratta, è vero, di un diritto che crea il matrimonio, ma che ottiene alla *pubblicità* del matrimonio medesimo, e che di fronte ai terzi non prende vita che dal giorno della trascrizione (23).

306. Si è detto *(n.° 298)* che il matrimonio dei cittadini all'estero è valido se celebrato secondo le forme ivi usitate. — Per la prova di tal matrimonio basta che gli atti, i quali ne constatano la esistenza, siano conformi alle leggi del paese ove ha avuto luogo; ed incombe ai tribunali la apprezzazione di tali atti (24).

307. Se le leggi di un paese estero possono regolare il matrimonio ivi contratto da un cittadino, ciò riguarda le *forme* della celebrazione, poichè per quello che attiene alla capacità ed alle condizioni *fisiche* e *morali* per contrarlo, come l'età, il consenso degli ascendenti etc., il cittadino è tenuto di conformarsi alle disposizioni delle leggi Italiane. Lo dichiara espressamente il rammentato *Articolo* 100 » *purchè.... non abbia contravve-* » *nuto alle disposizioni contenute nella se-* » *zione* 2.ª *del capo* 1.° *di questo titolo.* » E la ragione è evidente; si tratta di leggi *personali* che seguono il cittadino italiano dovunque si trovi.

308. Ma queste condizioni di *capacità* non riguardano che l'Italiano; la *capacità* della straniera alla quale egli si unisce è regolata dalle leggi del suo paese, anche quando differiscono dalle leggi Italiane. Difatti l'*Art.* 100 non parla che di cittadino. Quindi se le leggi del paese della straniera lo permetteno di maritarsi a dodici, tredici, o quattordici anni, essa può maritarsi a questa età con un Italiano, benchè una Italiana non possa maritarsi prima di aver compito gli anni quindici, se non ne ha ottenuta la opportuna dispensa.

309. Fin qui del matrimonio dei cittadini in stato estero sia tra loro, sia con uno straniero. — Esaminiamo ora il caso inverso, cioè, del matrimonio degli stranieri nel regno. Ed anche qui si presentano le stesse ipotesi — che ambidue i contraenti siano stranieri — che uno sia straniero, l'altro cittadino.

310. Se ambidue i contraenti sono stranieri la loro *capacità* è regolata dalle leggi del paese al quale appartengono *(Art. 102)*.

Questa *capacità* deve essere constatata all'appoggio di una *dichiarazione* della Autorità competente, da cui resulti, che giusta le leggi da cui dipendono nulla osta al divisato matrimonio; *dichiarazione* che deve presentarsi all'Ufficiale dello stato civile *(Art. 103)*.

Ma l'Ufficiale dello stato civile deve riportarsi intieramente al *certificato* della *Autorità* competente del paese a cui appartengono gli sposi stranieri. Con la sua presenza materiale non aggiunge la propria sanzione all'*atto*, giacchè le parti non si valgono del territorio dello Stato

(21) *Duranton. n.° 240.*
— *Zachariae* §. *468.*
— *Cass. 16. juin 1829, Cotty de Brecourt c. Nolent.*
(22) Vedi *Duranton e Zachariae, loc. cit.*
(23) *Duraton — Zacchar. Ibid.*
(24) *Cass. 16 juin 1829. Cotty de Brecourt c. Nollent.*

e dell'Ufficiale dello stato civile fuorchè per far prova materiale dell'*atto* medesimo, ciò che ha sempre luogo pel noto principio di reciprocanza universalmente ricevuto (25).

Se però lo straniero è residente nel Regno, oltre la *dichiarazione* da presentarsi all'Ufficiale dello stato civile, deve ancora fare seguire le *pubblicazioni (Art. 103 capov.)*

311. I matrimoni poi fra stranieri e cittadini sono regolati dalle leggi Italiane in quanto alle solennità estrinseche, ed al modo di constatarne l'adempimento. È la applicazione della solita regola — *locus regit actum.* — Quindi, per modo di esempio, non sarebbe valido il matrimonio contratto in Italia tra una Italiana, ed uno straniero davanti un Ministro protestante, e secondo i riti del paese del marito (26).

312. Se la capacità personale dei contraenti stranieri si determina dalle leggi del loro paese, non possono però invocare queste leggi per sottrarsi agli impedimenti stabiliti dalle leggi Italiane. È ciò che dispone l'*Art.* 102 » *anche lo straniero* » *però è soggetto agli impedimenti stabiliti* » *nella sezione seconda del capo* 1.° *di que-* » *sto titolo.* »

313. Da tale disposizione ne consegue, che lo straniero non solo è tenuto a giustificare la capacità resultante dal di lui *statuto personale*, ma deve giustificare altresì di non trovarsi in veruno dei casi di proibizione preveduti dal nostro Codice.

Quindi uno straniero *divorziato* secondo le leggi del suo paese, che gli permettono contrarre un nuovo matrimonio, non può rimaritarsi in Italia con un cittadino.

Così ugualmente un cittadino non può ammogliarsi con una straniera che gli sia parente o affine in grado proibito, quando anche per le leggi del suo paese avesse diritto di sposarlo (27).

CAPITOLO QUARTO

Delle prove della celebrazione del matrimonio

—

SOMMARIO.

314. La prova del matrimonio non può desumersi che dall'atto di celebrazione.

315. 316. Tal prova non può essere supplita da equipollenti — neppure dal possesso di stato.

317. Quid, quando vi sia impossibilità di presentare l'atto di celebrazione.

318. Quid, quando per dolo o per colpa del pubblico Ufficiale l'atto di matrimonio non sia stato iscritto sui registri.

319. Prova della celebrazione resultante da un processo penale.

320. Quando i figli siano dispensati dalla presentazione dell'atto di celebrazione del matrimonio dei loro genitori.

314. Per regola la prova del matrimonio non può desumersi che dai Registri pubblici. » *Niuno* (dice l'Art. 117) » *può reclamare il titolo di coniuge, e gli* » *effetti civili del matrimonio se non pre-* » *senta l'atto di celebrazione estratto dai* » *registri dello stato civile.* »

215. Le leggi Romane avevano adottato un principio diverso. Per esse la lunga coabitazione, l'onore che il marito aveva reso a quella che diceva essere sua moglie, la opinione pubblica erano prove sufficienti per stabilire la esistenza e la certezza dei matrimoni (28).

Ma, per noi, la Legge esige la presentazione di un *atto di celebrazione:* questa regola è sì assoluta che non può essere supplita da equipollenti. Quindi nep-

(25) *Proces. verbali della Commiss. coordinat. del Cod. civ. pag. 82.*

(26) Vedi *journal du palais. Tom. 1. 1838 p. 77. Paris 18 Dec. 1827. Ernouf c. Schubhardt.*

(27) *Zachariae Tom. 2. §. 469. — Duranton Tom. 2 n.° 164 165.*

(28) *Leg. 13. Cod. de nupt.* — *Leg. 4. ff. de pignor. et Hypotech. vers. « Sicut et nuptiae sunt, licet testationes in « scriptis habitae non sunt. »*

ammessi a concludere la prova del matrimonio. sia per testimoni, sia per iscritturo, e documenti purchè vi concorrano le seguenti condizioni 1.° che si presenti l'estratto delle fatte pubblicazioni, o il decreto di dispensa; 2.° che vi sia prova non dubbia di un conforme possesso di stato *(Art. 121)*.

319. Se la prova della legale celebrazione del matrimonio è fondata sul resultato di un processo penale, la iscrizione della sentenza nei *registri* dello stato civile assicura al matrimonio, dal giorno della sua celebrazione, tutti gli effetti civili riguardo tanto ai coniugi, quanto ai figli *(Art. 122)*.

320. Non potendosi presumere che gli sposi ignorino il luogo ove si sono maritati, la legge esige da loro la presentazione dell'*atto di celebrazione* del matrimonio. Ma i figli possono bene ignorare il luogo dove è stato celebrato il matrimonio del loro padre, e della loro madre. Quindi l'*Art.* 120 gli dispensa dalla presentazione dell'atto di celebrazione ma richiede per altro che si verifichino tre condizioni: 1.° che i genitori abbiano vissuto pubblicamente come marito e moglie 2.° che ambidue siano morti; 3.° che la legittimità di questi figli sia provata da un *possesso di stato* o che non si trovi in opposizione coll'atto di nascita.

CAPITOLO QUINTO

Delle domande per nullità di matrimonio

—

SOMMARIO

321. Un matrimonio non è mai nullo di pieno diritto — la nullità deve esser dichiarata dalla autorità giudiziaria.
322. 323. 324. 325. 326. Ragione della distinzione delle nullità in assolute e relative.
327. Quali siano le nullità relative.
328. Difetto di consenso degli sposi.
329. 330. 331. 332. 333. — Errore — sulla persona — sulle sue qualità — quando vizi il consenso.
334. Di quale errore abbia inteso parlare l'Art. 105 del Codice.
335. 336. 337. Violenza — sue distinzioni — caratteri che deve avere per viziare il consenso.
338 339. Da chi possa dedursi la nullità derivante dalla mancanza di consenso.
340. 341. 342. 343. 344. Ratifica — espressa — tacita — effetti.
345 346. 347. Mancanza del consenso degli ascendenti. — A chi spetti il diritto di proporne la nullità.
348. 349. Quando tal nullità non possa dedursi.
350. 351. 352. Da chi possa proporsi la nullità derivante dalla impotenza, e dalla abituale infermità di mente.
353. 354. Nullità assolute — da che resultino — da chi possano essere proposte.
355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. Difetto di età — quando non possa dedursi la nullità del matrimonio.
362. 363. 364. 365. 366. 367. Carattere della nullità derivante dalla bigamia, — da chi possa dedursi — limitazioni.
368. Nullità derivante dall'incesto, e dall'omicidio volontario, e da chi possano essere proposte.
369. Nullità derivante dalla omissione delle formalità prescritte dalla legge.
370. Incompetenza dell'ufficiale dello stato civile — mancanza dei testimoni.
371. Chi possa proporre tali nullità.
372. Effetti dei matrimoni dichiarati nulli.
373. L'effetto della nullità può cessare per la buona fede dei contraenti.
374. 375. 376. 377. 378. Criteri per conoscere quando concorra la buona fede.
379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. Effetti speciali della buona fede — a favore dei coniugi — a favore dei figli.

321. Un matrimonio, sebbene contratto in contravvenzione delle disposizioni della legge, non è mai nullo di pieno diritto: vi è sempre un titolo ed una apparenza che bisogna distruggere, una questione che deve risolversi; necessita quindi di deferirne la cognizione alla giustizia, perchè la fede è dovuta al *titolo* fino a che questo non sia dichiarato falso. Non basta pronunziare le nullità, bisogna che esse siano giudicate.

322. Le nullità resultano dalla inosservanza delle condizioni o delle forma-

lità richieste per contrarre matrimonio o per celebrarlo. — Ma questa inosservanza non porta sempre la nullità del matrimonio, ed anche quando è nullo tutti non sono ammessi a proporne la nullità, e coloro che vi sono ammessi non sempre possono esercitare questo diritto. La quiete dei figli, la tranquillità delle famiglie, il lasso del tempo, ed altre circostanze possono elevare delle ragioni così possenti per sanare le nullità; la buona fede può distruggerne gli effetti.

323. Vi sono due specie di nullità; le une che diconsi *relative* perchè stabilite soltanto in favore di certe persone, e perchè perdono tutta la loro forza e divengono impotenti quando siano proposte da altri. Allorchè queste persone per qualche motivo particolare non sono più in grado di proporle, il matrimonio è come valido, non già perchè sia esente da vizio, ma per difetto di diritto in coloro che vorrebbero farlo annullare.

Vi sono altre nullità che chiamansi *assolute* in quanto chè possono essere proposte da tutti coloro che hanno interesse di impugnare il matrimonio.

324. Ma esiste una gran differenza tra le condizioni prescritte per contrarre matrimonio. — Le une hanno per oggetto diretto e principale l'interesse pubblico, ed il mantenimento del buon ordine. Esse sono per tutti i luoghi, per tutti i tempi, per tutte le persone: la loro omissione non può essere riparata, nè sanata. — Le altre hanno per oggetto l'interesse particolare sia dei contraenti, sia dei terzi. Esse non sono necessarie che in certi tempi, a riguardo di certe persone, ed in date circostanze: sono piuttosto delle precauzioni salutari, che delle condizioni essenziali, e la loro omissione può essere riparata, e sanata.

Per lo chè le nullità assolute possono suddividersi in due specie — le une sono *irreparabili*, e sono *assolute* in tutta la forza del termine — le altre, come le nullità *relative*, possono essere coperte dal tempo, dal possesso, dalla nascita dei figli, dalla approvazione espressa o tacita delle parti interessate a farle valere.

325. Anco le nullità, il di cui vizio non può essere sanato, come per esempio, quelle che resultano dall'*incesto*, dalla *bigamia* etc., possono perdere la loro efficacia per la buona fede dei contraenti, o di uno di loro, allorchè il matrimonio è stato contratto nella ignoranza dei vizii che lo fanno dichiarare nullo.

326. Accennati questi principii direttivi scendiamo ora a percorrere le differenti specie di *nullità*.

ARTICOLO PRIMO

Nullità relative

327. Le nullità *relative*, come si è detto, sono quelle che non possono essere invocate e proposte che da *date* persone. Tali nullità resultano 1.° dal difetto di consenso degli sposi; 2.° dal difetto di consenso degli ascendenti 3.° dalla impotenza 4.° dalla interdizione.

A.

Difetto di consenso degli sposi

328. Il matrimonio essendo un contratto non può, alla pari degli altri contratti, essere formato che dal consenso delle parti. — *Libertà di consenso,* ecco quello che richiede l'*Art.* 105 del nostro Codice come elemento sostanziale ed indispensabile per la validità del matrimonio. — Tuttociò che è contrario al consenso impedisce il matrimonio; e non vi è consenso dove è intervenuto *errore* o *violenza* (32).

329. » *Quando vi fu errore nella persona* (così l'art. 105) *l'azione di nullità* » *può essere promossa da quello degli sposi* » *che fu indotto in errore.* » — L'errore,

(32) « *Nihil consensui tam contrarium est...* « *quam vis atque metus. — Non videntur qui* « *errant consentire.* » *Leg. 116. ff. de reg. jur.* — *Cod. Civ. Art. 1108.*

come ognun sa, può cadere sopra la *persona*, o solamente sopra le sue *qualità*. Ora di quale errore ha inteso parlare il detto *articolo* 105?

Per risolvere questa questione è indispensabile riportarsi ai principii.

330. Vi è errore nella *persona* quando un individuo è fisicamente sostituito ad un altro individuo. Questo errore opera sempre, ed in tutti i tempi la nullità del matrimonio. — Così, se Tizio proponendosi di sposare Maria, e credendo di contrattare con essa e sposarla, promette la fedeltà di marito a Giovanna, che si fa passare per Maria, egli è evidente che non vi è consenso, e che il matrimonio è nullo perchè manca il concorso della volontà di ambedue le parti sulla stessa cosa » *duorum in idem placitum consensus* » (33).

Ma questo errore sulla *identità* della persona è pressochè impossibile che possa verificarsi. Le parti non possono celebrare il loro matrimonio che personalmente davanti l'Ufficiale dello stato civile *(Art. 94)*. Quindi se si accetta e si consente all'individuo che abbiamo davanti agli occhi è impossibile che possa verificarsi l'errore sulla persona fisica. L'errore non può cadere che sopra la persona *morale* o *sociale*, cioè sopra le *qualità* che la costituiscono.

331. Queste *qualità* sono la *condizione* o il *rango* che una persona tiene nella società, vale a dire, che si riferiscono alla sua fortuna, ai suoi costumi, al suo carattere, alla sua patria, al suo nome, e alla sua famiglia.

332. L'errore sulle *qualità* della persona non è capace di viziare il consenso. Lo stesso deve dirsi dell'errore sopra i vantaggi della fortuna, ed anche sulle qualità morali. Quindi se si è sposata una donna povera credendola ricca, una prostituta credendola virtuosa, una vedova credendola innutta, questo errore sulle *qualità* della persona non distrugge il consenso, ed il matrimonio è inattaccabile.

L'errore che può annullare il contratto è quello che cade sulla sostanza stessa della cosa che ne è l'oggetto *(Art. 1110)*.

333. Ma l'errore sopra la qualità può, come dicono gli scrittori, confermare l'errore sulla persona allorchè apparisco, per le circostanze, che è soltanto questa qualità che ha determinato la volontà dell'altro sposo, e che questa qualità era una condizione tacita, senza della quale il matrimonio non sarebbe stato contratto *(arg. art. 1110 capov.)*

Per esempio — Tizio mio amico e mio parente domiciliato a Genova ha un figlio unico, che non conosco personalmente, ed io ho una figlia. Formiamo il progetto di unirli in matrimonio: ma sul punto di recarsi a Firenze per celebrarlo, il mio amico muore, e questo avvenimento ritarda il matrimonio. Qualche tempo dopo arriva un giovane che si dice il figlio del mio amico, e che viene per celebrare il matrimonio suddetto. È munito dei documenti necessari, ed il matrimonio è celebrato. L'arrivo del vero figlio del mio amico, di colui al quale la mia figlia era stata promessa scopre l'errore: si viene a conoscere che il primo arrivato è un figlio naturale nato avanti il matrimonio da altra donna. Egli, per ingannarci, ha falsificato il suo atto di nascita sostituendo le parole di figlio legittimo a quelle di figlio naturale.

Il matrimonio è nullo 1.° perchè l'errore sopra la *qualità* porta qui l'errore sulla persona, e per conseguenza difetto di consenso 2.° perchè vi ha, per la parte del marito, un *dolo* personale di tal natura che, senza i suoi maneggi e raggiri, è evidente che il matrimonio non sarebbe stato contratto *(Art. 1115)*.

334. Sulla scorta di tali principii concludiamo, che l'*Art.* 105, parlando dell'errore come causa di nullità del matrimo-

(33) *Pothier. Traité du Mariage. P. 4. Chap. I. n.° 308.*

nio, contempla tanto quello che può cadere sulla *identità* della persona, quanto sulle *qualità* della medesima purchè sia essenziale e tale da viziare il consenso (34). Quindi è che spetta alla autorità giudiziaria lo stabilire, secondo le circostanze, se l'errore dell'una e dell'altra specie sia tale che vizii il consenso. *(arg. art.* 1113*)*.

335. La *violenza* alla pari dell'*errore* invalida il consenso, e produce la nullità di qualsiasi convenzione *(Art.* 1108*)*. — Il consenso di colui che è stato *coatto* non è che un consenso apparente che concorre con la volontà di non emetterlo, se non vi fosse stato obbligato.

336. Se la violenza è *reale* e *fisica*, come nel caso di ratto, e di abduzione forzata di uno degli sposi davanti all'Ufficiale dello stato civile, violentato alla sua volta o complice, il matrimonio che sia stato in cotal modo celebrato è nullo.

337. Ma la violenza può essere soltanto *morale* e nascosta; lo spirito può essere *forzato*, benchè il corpo sia libero. — Ecco ove si apre un vasto campo alle indagini per conoscere come e fino a qual punto il timore incusso possa avere agito sulla volontà della parte *coatta* all'effetto di toglierli la libertà del proprio consenso. Però non ogni *violenza* può aprire l'adito a tali indagini: la violenza deve essere di tal natura » *da fare impressione* » *sopra una persona sensata, e da poterle* » *incutere timore di esporre se o le sue* » *sostanze ad un male notabile* » (Art. 1112) (35). Quindi delle vaghe minacce, ed anche il timore *reverenziale*, quale sarebbe quello di dispiacere ad un padre violento, non basterebbero per fare annullare il matrimonio (36).

338. La nullità che resulta dal difetto di consenso degli sposi non è che una nullità *relativa*, inquantochè non si tratta che di violazione del diritto di una delle parti; quindi non può essere proposta se non se da quello degli sposi che fu indotto in errore, o il di cui consenso fu estorto con violenza *(Art.* 105*)* — egli solo può giudicare se vi fu realmente errore o violenza; ne il padre ne la madre, ne gli altri ascendenti potrebbero impugnare il matrimonio.

339. La disposizione dell'*Articolo* 105 è *limitativa* in ciò che concerne la designazione di coloro, ai quali compete l'azione per nullità. — Se adunque lo sposo che avrebbe avuto diritto di esercitare questa azione morisse senza essersene valso, i di lui eredi non potrebbero esercitarla (37). — Però se l'azione fosse stata intentata si potrebbe decidere che gli eredi avessero diritto a proseguire sulla *domanda* per il principio » *omnes actiones quae morte* » *aut tempore pereunt judicio semel inclusae salvae permanent.* » *Leg.* 39 *ff. de reg. jur.*

340. Se lo sposo, il di cui consenso non è stato libero, è il solo competente a proporre la nullità del matrimonio, egli del pari è il solo competente a togliere il vizio dal quale fu infetto il consenso in principio perchè ciò che uno ha fatto per *coazione* o per *errore* può essere in seguito ratificato per libera volontà e per elezione.

Ma non può parlarsi di ratifica atta ad eliminare il vizio del consenso finchè l'individuo ingannato o *coatto* non ha riacquistato la sua piena volontà.

(34) *Process. verbal. della Commiss. coord. del Cod. civ. pag.* 89.

(35) « *Sed vim accipimus atrocem et eam,* « *quae adversus bonos mores fiat* » Leg. 3 §. 1. ff. quod. met. caus. — « *Metum autem non* « *vani hominis, sed qui merito et in hominem* « *constantissimum cadat.* » Leg. 6 eod.

(36) Arg. Cod. civ. art. 1114. — Leg. 22. ff. de rit. nupt. « *Si patre cogente ducit uxorem,* « *quam non duceret si sui arbitrii esset, con-* « *traxit tamen matrimonium.* »

(37) *Marcadé sous l'Art. 186 n.° 26 — Duranton. n.° 271.*

341. Non parleremo qui della ratifica *espressa*, poichè è certo che la medesima produce il suo effetto dal momento che è fatta; il vizio originario è tolto, ed il matrimonio diviene inattaccabile. Dobbiamo invece occuparci della ratifica *tacita*, di quella cioè che può desumersi da dei fatti dimostranti la volontà di sanare il vizio originario dal quale fu affetto il consenso.

342. L'Articolo 106 dispone. » *Non è » più ammissibile la domanda di nullità per » le cause espresse nell'articolo precedente » se vi fu coabitazione continuata per un » mese dopochè lo sposo ha riacquistato la » sua piena libertà o conosciuto l'errore.* »

Dal fatto della coabitazione la legge desume non solamente un argomento di *ratifica*, ma ne forma un mezzo di *inammissibilità* alla deduzione della azione di nullità purchè la coabitazione stessa sia stata continuata per un mese dopochè lo sposo ha riacquistato la sua piena libertà, o riconosciuto l'errore.

343. Chi propone la nullità deve provare che la violenza e l'errore si sono prolungati a tutto il tempo della coabitazione fissato dalla legge onde stabilire che l'azione, benchè intentata dopo il mese della coabitazione, lo è stata però in tempo utile, perchè la presunzione è in favore della cessazione dei detti vizi (38).

344. Ma l'Articolo 106 formando della *coabitazione* un mezzo di *inammissibilità* ha inteso escludere tutti gli altri argomenti, che indipendentemente da tale coabitazione, potrebbero portare alla conclusione della ratifica tacita del matrimonio?...

Supponete che dopo la celebrazione del matrimonio, il marito, del quale non fu libero il consenso, avesse autorizzato la moglie a contrattare, ad agire in *giustizia*, e che prima della spirazione del mese della coabitazione egli proponga la domanda di nullità. Pare a noi che, provato come il coniuge avesse riacquistato la sua piena libertà, il fatto della autorizzazione data alla moglie sia di tal natura da far ritenere indubitatamente una ratifica del matrimonio nullamente contratto, e che questo fatto sia di ostacolo al marito di proporre la nullità. — L'Articolo 106, non dispone in un senso *restrittivo;* il fatto della *coabitazione* contemplato dalla legge non è che quello che più comunemente suole verificarsi, ma non rimangono esclusi gli altri fatti che possono avere un valore uguale.

Supponete del pari che gli sposi, celebrato il matrimonio, non abbiano mai coabitato insieme: il coniuge di cui non fu libero il consenso potrà sempre e in ogni tempo dedurre, a suo piacimento, la nullità?.... — Nò certamente. La nullità non potrà essere proposta utilmente che dentro il termine di cinque anni dal giorno in cui la violenza è cessata, o è stato riconosciuto l'errore, perchè tutte le azioni per nullità o per rescissione di un contratto durano per questo lasso di tempo (*Art.* 1300). Ecco quindi un nuovo argomento che ci conferma nella nostra opinione, che il rammentato Articolo 106, parlando della *coabitazione* non ha inteso disporre in un modo *restrittivo*.

II.

Mancanza del consenso degli ascendenti

345. Altra nullità *relativa* del matrimonio è la mancanza del consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela nei casi nei quali si rende necessario.

Ecco quanto prescrive in proposito l'*Art.* 108. » *Il matrimonio contratto senza il » consenso degli ascendenti o del consiglio » di famiglia o di tutela può essere impugnato dalle persone delle quali era » richiesto il consenso, e da quello degli » sposi a cui il consenso era necesssario.* »

Resulta da questo *Articolo* che la nul-

(38) *Duranton n.° 277.*

lità può essere dedotta. — Dagli ascendenti o da coloro che ne fanno le veci. — Dallo sposo al quale si rendeva necessario il consenso.

346. Trattando degli impedimenti morali abbiamo veduto che il diritto di prestare il consenso al matrimonio dei loro figli e discendenti spetta, secondo i casi, 1.° al padre e alla madre; 2.° agli avi e alle avole; 3.° ai consigli di famiglia o di tutela.

Soltanto l'ascendente del quale era richiesto il consenso al momento del matrimonio può, ad esclusione di tutti gli altri, proporre la nullità; e venendo a mancare prima di averla proposta non trasmette il suo diritto agli altri, come non lo potrebbe trasmettere ai di lui eredi. Si tratta di un diritto esclusivamente *personale* competente a colui che, al momento del matrimonio, doveva essere richiesto dell'opportuno consenso: se dopo la celebrazione questo ascendente ha cessato di vivere il di lui diritto rimane estinto, inquantochè tanto gli ascendenti di un *grado* superiore, quanto gli eredi, mancando di autorità al momento della celebrazione del matrimonio, non hanno a vendicare veruna ingiuria (39). — E ciò certamente ha inteso l'*Articolo* 108 allorchè dichiara che il matrimonio può essere impugnato » *dalle persone delle quali era richiesto il consenso* » cioè che avevano autorità a prestarlo al momento della celebrazione del matrimonio.

Il consiglio di famiglia, o di tutela ha diritto di impugnare il matrimonio; ma il consiglio intiero, il *collegio*, non i singoli membri; e neppure il tutore avrebbe tale facoltà se non come delegato del Consiglio, ed esecutore delle sue deliberazioni.

347. Il diritto di proporre la nullità si spetta, come si è detto, non solo agli ascendenti, o consigli di famiglia o di tutela, ma ancora a quello degli sposi a cui era necessario il consenso. — La prestazione del consenso dei genitori al matrimonio dei figli non è per essi che una misura di protezione e di tutela: l'indifferenza degli ascendenti o del consiglio di famiglia non deve privare del benefizio della legge quello degli sposi che aveva bisogno di tal consenso. Questa è la ragione per cui l'*Articolo* 108 autorizza lo sposo a proporre l'azione di nullità. Però lo sposo deve essere costituito nella età minore, poichè non avendo in quella capacità ad obbligarsi può sempre impugnare l'atto nullamente fatto da lui stesso senza le debite autorizzazioni (40). — Compiti gli anni ventuno, cessando la ragione della tutela e della protezione, egli non ha diritto di impugnare il matrimonio (*Art.* 108 *capov.*)

348. Ma l'esercizio di questa nullità deve avere i suoi limiti onde non perpetuare la incertezza di un contratto, che tanto interessa la società. Quindi è che l'*Articolo* 109, prescrive che » *l'azione di nullità.... non potrà essere promossa nè dai coniugi nè dai parenti dei quali fosse richiesto il consenso, quando il matrimonio sia stato da questi ultimi espressamente o tacitamente approvato.* »

È *espressa* la ratifica quando è consegnata in atti pubblici o privati che hanno per oggetto di approvare il matrimonio.

È *tacita* allorchè resulta da azioni o da scritti che suppongono necessariamente l'approvazione del matrimonio; per esempio, quando un padre, perdonando l'ingiuria fatta alla sua autorità, riceve nella propria casa il genero o la nuora, gli tratta come suoi figli, e gli dà questo nome sia in famiglia, sia nelle società, sia nelle lettere che loro scrive etc.

L'approvazione espressa o tacita del matrimonio per parte delle persone di cui è richiesto il consenso può concludersi con qualunque mezzo di prova, non esclusa quella per testimoni. Anzi può

(39) *Toullier. Tom. 1. n.° 613.*

(40) *Process. verbal. della Commiss. pag. 90.*

ammettersi la prova testimoniale anche senza pripcipio di *prova scritta* per non escludere i mezzi di giustificazione più eloquenti e più preziosi cho possono resultare da fatti domestici e famigliari, e dei quali difficilmente potrebbe ottenersi la prova scritta (41).

349. Non solo la approvaziono espressa o tacita sana e copro la nullità, ma anco il lasso del tempo produce un talo effetto. — Se i parenti dei quali era richiesto il consenso lasciano decorrere sei mesi, dal giorno della notizia del matrimonio, senza avanzarne reclamo non possono altrimenti impugnarlo. — Parimente, il coniuge non può prevarlersi della mancanza del consenso degli ascendenti e proporre l'azione di nullità se, dopo raggiunta la maggiore età, ha lasciato trascorrere sei mesi senza *richiamo (Art. 109)*.

C.

Impotenza — Interdizione

350. Abbiamo già parlato della impotenza *(n.° 174 e succes.)* e delle condizioni che devono concorrere in ordine all'*Art.* 107 onde la medesima possa formare impedimento al matrimonio. Ove, non ostante questo impedimento, il matrimonio venga contratto esso è nullo; ma siccomo tal nullità non è che semplicemento *relativa*, perchè stabilita esclusivamento nell'interesse dei coniugi, così non può essere proposta che da colui a danno del quale si verifica l'impedimento. Lo dispone espressamente l'*Articolo* 107 dichiarando, che la impotenza » *può essere* » *proposta come causa di nullità dall'altro* » *coniuge.* »

351. Non può contrastarsi al coniuge il diritto di dedurre tal nullità. Vi fu errore sulle *qualità* necessarie per compire il fine del matrimonio, e questo errore, viziando il consenso, rende nullo il contratto.

(41) *Detti proces. verbal. pag. 90.*

Ma questa nullità potrà dedursi sempro, o in ogni tempo?... Potrà dodursi quando il coniuge, al momento del matrimonio, era sciente dell'impedimento dell'altro coniuge?...

Relativamente alla prima questione riteniamo, come abbiamo ritenuto relativamente al *difetto* di consenso, cho non sempre, ed a piacimento possa il coniugo proporre la nullità derivanto dalla impotenza, ma che debba essere dedotta dentro il termine di cinque anni dal giorno della scienza dell'impedimento, perchè tale è il lasso di tempo stabilito dalla leggo per la deduzione delle azioni di nullità e di rescissione di un contratto. *(Art 1300.)*

Questo termine d'altronde è più che sufficiente e far presumere per parte del coniuge una tacita renunzia all'esperimento dei propri diritti.

In quanto alla seconda questione, se il coniugo aveva scienza dell'impedimento non potrà certamente dirsi essere intervenuto errore sulle *qualità* della persona e quindi viziato il consenso; ma di fronte alla disposizione arida e secca dell'*articolo* 107 converrà ritenero che il coniuge, non ostante la scienza della impotenza, possa proporre la nullità del contratto, inquantochè si tratta di un vizio che cade su una *qualità* che forma appunto lo scopo ed il fine del matrimonio.

352. L'abituale informità di mente è causa di nullità del matrimonio contratto da colui che si trova in talo stato. Poco importa che, al momento della celebrazione, vi fosse la sentenza definitiva di interdizione; basta che la infermità per cui fu poscia pronunziata la interdizione resulti esistente al momento del matrimonio. *(Art. 112).*

Il diritto di proporre questa nullità spetta all'interdetto medesimo, al suo tutore, al consiglio di famiglia, ed al pubblico Ministero.

Revocata la interdizione se l'interdetto continuò a coabitare per mesi tre coll'altro coniuge, la nullità si intende sanata, o l'an-

nullamento del matrimonio non può più pronunziarsi *(dett. art. 112)*. — Cessata la causa della interdizione si deve indurre dal fatto della coabitazione la volontà tacita del coniuge di ratificare e confermare il matrimonio da lui contratto nullamente.

ARTICOLO SECONDO.

Nullità assolute

353. Le nullità *assolute* per la violazione delle condizioni prescritte per contrarre matrimonio, e che possono essere proposte da tutti coloro che hanno interesse di impugnarlo, resultano — dal difetto di età — dalla bigamia — dall'incesto — dall'omicidio volontario — dalla incompetenza dell'ufficiale dello stato civile, e dalla mancanza dei testimoni richiesti alla celebrazione dell'*otto*.

354. Queste nullità possono essere proposte; 1.° dagli sposi; 2.° dagli ascendenti prossimi; 3.° dal pubblico Ministero; 4.° da tutti coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale. *(Art. 104)*.

Gli sposi — Essi sono i principalmente interessati a dedurre tutto ciò che sia in contravvenzione della leggo. Non è soltanto l'interesse privato della *parte*, ma è l'interesso pubblico della società che reclama l'annullamento dei matrimoni cui ostava un impedimento *ossoluto*. Non sarebbe quindi il caso di invocare, come mezzo di inammissibilità e di rigetto della relativa domanda di nullità, la scienza antecedente del vizio nella *parte* che lo deduce, o la confessione della propria turpitudine secondo il noto principio « *nemo* » *audiri debet propriam allegans turpitu*- » *dinem*. »

Gli ascendenti prossimi. — Come ministri della legge, come depositari del suo potere in tuttociò che riguarda la condotta dei figli, non vi è dubbio che essi non abbiano in pari tempo il diritto di vendicare la offesa pubblica, e l'ingiuria loro particolare.

Il pubblico Ministero — Vendicatore nato di tutte le offese fatte alla legge può e deve, quando è stata violata in un punto che attacca l'ordine pubblico, fare pronunziare la nullità del matrimonio. Però questa azione di nullità non può essere promossa dal pubblico Ministero dopo la morte di uno dei coniugi *(Art. 114)*. Sciolto il matrimonio non si tratta più se non se dello stato di uno dei coniugi, e sopratutto dei figli: la morte copre di un velo la offesa arrecata alla società, o mancherebbe lo scopo ed il fine, ove dal pubblico Ministero si intendesse vendicare la offesa stessa.

Finalmente tutti coloro che » *hanno* » *un interesse legittimo ed attuale*. » — Sotto queste parole la legge intende comprendere anche i terzi estranei alla famiglia, ed in ragione di qualsivoglia interesse purchè *legittimo* ed *attuale*.

355. Esaminiamo ora queste diverse specie di nullità.

I.

Difetto di età

356. L'impedimento derivante dal difetto di età, sebbene *assoluto*, è però temporaneo e riparabile; ma finchè sussiste hanno diritto di proporre la relativa nullità del matrimonio tutte le persone indicate nell'*Articolo* 104, cioè le parti contraenti, gli ascendenti, il pubblico Ministero, e tutti coloro che hanno un interesse legittimo ed attuale.

357. Per la *temporaneità* appunto dell'impedimento non sempre può essere proposta l'azione di nullità, e ciò si verifica 1.° quando siano trascorsi sei mesi dopo compiuta l'età richiesta 2.° quando la sposa, ancorchè non giunta a tale età sia rimasta incinta; 3.° e relativamente agli ascendenti, quando essi abbiano consentito al matrimonio *(Art. 110 111)*.

358. Raggiunta l'età richiesta cessa materialmente l'*impedimento*: ciò che era nullo nel suo principio può divenire valido per la volontà ed il consenso dei contraenti; ma allora occorre conoscere se vi sia *ratifica* per parte degli sposi.

Se lo sposo, che ha raggiunto l'età voluta dalla legge, ha emesso una esplicita *ratifica l'impedimento* perde la sua forza, il vizio è sanato, od il matrimonio è ristabilitito nella sua piena validità. — Ugualmente se vi sono argomenti valevoli da ritenere, per parte dello sposo che potrebbe impugnare il matrimonio, una ratifica *tacita*, per esempio, per la continuazione della coabitazione (42).

Ma se, al contrario non esiste alcuna ratifica, come se gli sposi si fossero separati senza essersi riuniti dopo raggiunta l'età richiesta per contrarre matrimonio, è allora che l'*Articolo* 110 stabilisce il termine di sei mesi per proporre la domanda di nullità. — Questo termine ha il suo principio dal giorno in cui lo sposo ha compiuta la età richiesta; decorso inutilmente la domanda di nullità diviene inammissibile.

259. La proibizione del matrimonio per difetto di età non è che una precauzione saggia, e necessaria per impedire che gli sposi con delle unioni premature nuocciano a se stessi, e alla loro posterità: questo divieto è fondato sulla presunzione che essi non abbiano ancora raggiunta l'età fissata dalla natura; ma se la realtà smentisce la presunzione lo scopo della legge è raggiunto, e non sussistendo più la causa produttrice della nullità non devono viverne sopra gli effetti. Così la domanda in nullità non è più ammissibile allorchè la donna, che non aveva l'età richiesta, sia rimasta incinta. *(Art.* 110*)*. (43).

360. Ma se fosse invece lo sposo che non avesse l'età richiesta, la gravidanza della sposa coprirebbe la nullità del matrimonio?...

Il rammentato *Articolo* 110 parla, è vero soltanto della donna, « *quando la sposa, ancorchè non giunta a tale età, sia rimasta incinta;* » ma non sapremmo davvero come le eccezione dovesse limitarsi a quest'unico caso. — L'impedimento per difetto di età è fondato sulla presunzione della incapacità ai fini del matrimonio; ma la gravidanza della moglie è un fatto che sta là a smentire questa incapacità. Dunque concorre identità di ragione, e gli effetti devono esserne uguali, altrochè si provasse, che la gravidanza è un delitto della donna in quanto lo sposo non ne fosse stato l'autore.

361. Gli ascendenti, il consiglio di famiglia, o di tutela che abbiano consentito al matrimonio contratto primachè gli sposi, o l'uno di essi avessero l'età fissata non posson altrimenti impugnare il matrimonio *(art.* 111*)*, perchè il consenso prestato è una chiara ed esplicita renunzia al diritto che loro competeva di proporre la nullità.

II.

Bigamia.

362. A differenza della nullità derivante dal *difetto di età*, quella che resulta dal legame di un primo matrimonio, che tuttora sussiste, è *perpetua;* essa non è tolta nè dal lasso del tempo, nè da alcuna ratifica, neppure dopochè il *bigamo*

(42) *Leg. 4. ff. de rit. nupt.* « *Minorem annis duodecim nuptam, tum legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos.* »

(43) Papa Alessandro III. *(Cap. de illis 9 extr. de desp. impub.)* rescriveva in un caso analago. « *Si ita fuerint aetati proximi, quod potuerint copula carnali coniungi, minoris aetatis intuitu separari non debent, quum in eis aetati supplevisse malitia videtur.* »

rimane sciolto dal primo matrimonio che solo formava ostacolo al secondo. — I doppi matrimoni offendono troppo i costumi e l'ordine pubblico perchè si possa lasciare la speranza delittuosa, che la morte dello sposo abbandonato gli renda validi.

363. Questa nullità derivante dalla *bigamia*, alla pari di tutte le altre nullità *assolute*, può essere dedotta dagli sposi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico Ministero, e da tutti coloro che vi abbiano interesse *(Art. 104)*.

364. Il coniuge, dice l'*Art.* 113, « *può in qualunque tempo impugnare il matrimonio dell'altro coniuge.* » — La conseguenza logica di questo principio si è, che la relativa nullità può essere proposta anco dopo la morte del *bigamo*, o del suo correo. — Come si vede l'*Art.* 113 si è allontanato dalle disposizioni del Codice Napoleone, per il quale *(Art. 188)* il coniuge abbandonato non può dedurre la nullità che durante la vita di quello che era seco lui congiunto.

365. Il diritto di impugnare il matrimonio non spetta soltanto al coniuge a pregiudizio del quale è stato contratto il *secondo*, ma ancora al *bigamo* ed al suo correo che si penta di averlo contratto contro la proibizione della legge. La disposizione dell'*Art.* 104, è troppo chiara ed esplicita perchè si possa avere dubbii in proposito.

366. In tutti casi in cui il matrimonio è impugnato per vizio di bigamia, se è opposta la nullità del primo matrimonio, tale nullità deve essere giudicata in antecedenza, *(art. 113)* perchè se il primo matrimonio fosse nullo non potrebbe produrre alcun effetto, non vi sarebbe *bigamia*, ed il secondo matrimonio sarebbe valido.

367. Si è detto, che gli ascendenti prossimi, il pubblico Ministero, e tutti coloro che vi hanno interesse possono proporre la nullità derivante dalla *bigamia*. Una eccezione a questa regola si verifica nel caso del matrimonio contratto dal coniuge di un assente, inquantochè non può essere impugnato finchè dura l'assenza *(Art. 113 capov.)*

Parlando dell'*assenza (n.° 75 e succ.)* abbiamo trattato del matrimonio del coniuge presente, e delle ragioni per le quali non può dedursene la nullità finchè perdura l'assenza stessa. Per non ripetere inutilmente il già detto rimandiamo ivi i nostri lettori.

III.

Incesto — Omicidio volontario

368. Anche la nullità che resulta dall'*incesto*, allorchè il matrimonio è contratto nei gradi proibiti di parentela o di affinità è una nullità *assoluta* e perpetua, poichè i legami della parentela durano quanto coloro che essi uniscono.

Ugualmente *assoluta e perpetua* è la nullità derivante dall'*omicidio volontario*.

Tanto l'una quanto l'altra di tali nullità possono essere proposte dagli sposi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico Ministero, e da tutti coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale *(dett. art. 104)*.

IV.

Incompetanza dell'Ufficiale dello stato civile — Mancanza dei testimoni richiesti

369. Non sono certamente le cerimonie ed i riti, ma la fede ed il consenso delle parti che fanno il matrimonio. Importa per altro alla società, alle famiglie, ed agli sposi, che questo consenso sia dato in una forma solenne e regolare. La nullità che resulta dalla omissione delle *forme* prescritte è dunque una nullità *assoluta*. — Ma da un altro lato se la omissione di semplici difetti di *forma*, che il più delle volte non possono imputarsi agli sposi, o giammai ai figli, por-

tasse alla nullità del matrimonio, sarebbe questo un male reale che verrebbe a turbare la pace ed il riposò delle famiglie. Sorge quindi la necessità di distinguere, tra le formalità prescritte dalla legge, quelle che nel di lei concetto sono *sostanziali* e *integrative* dell'*atto* di matrimonio, da quelle che non sono che meramente *accidentali*. (44). La omissione delle prime porta alla nullità del matrimonio, non così la omissione delle seconde.

370. Tra le formalità prescritte, soltanto la omissione di *due* delle medesime portano, secondo l'*Art.* 104, la nullità del matrimonio, cioè — la incompetenza dell'Ufficiale dello stato civile — la mancanza dei richiesti testimoni.

Ma fra le due *nullità* esiste una gran differenza. Quella derivante dalla mancanza dei testimoni richiesti all'*atto* di *celebrazione* è una nullità assoluta, radicale, che non può essere sanata, o coperta nè dal lasso del tempo, ne dal possesso di stato, ne dalla scienza ed acquescenza delle persone alle quali la legge accorda la facoltà di impugnare il matrimonio. E ben a ragione, mentre la presenza dei due testimoni diretta, como è, a garantire la verità dell'*atto*, costituisce un elemento sostanziale del matrimonio (45).

La nullità derivante dalla *incompetenza* dell'ufficiale dello stato civile, sebbene sia *assoluta*, è però in qualche modo, meno insanabile, perchè un Ufficiale vi fù (46). E su questa considerazione appunto il detto *Articolo* 104 prescrive che » *decorso un anno dalla celebrazione* » *del matrimonio, la domanda di nullità,* » *per incompetenza dell'ufficiale dello stato* » *civile, non è più ammessa.* »

371. Le stesse persone che hanno diritto di proporre le altre nullità *assolute* possono dedurre anche queste due ultime nullità, purchè, quanto alla incompetenza dell'Ufficiale dello stato civile, non sia decorso un anno alla celebrazione del matrimonio (*Dett. ar.* 104).

ARTICOLO TERZO

Effetti del matrimonio annullato — matrimonio putativo

372. I matrimoni dichiarati nulli si considerano come non abbiano mai esistito. Le *convenzioni* matrimoniali, e le *donazioni* si hanno come non avvenute. I figli nati da questi matrimoni sono ridotti alla condizione dei figli naturali, salvi i diritti che la legge loro accorda sulla eredità dei genitori (47). Ma l'effetto delle nullità può cessare per la *buona fede*.

373. Esiste *buona fede* allorchè le parti, che hanno contratto matrimonio, avevano una giusta causa di ignorare l'impedimento *dirimente* che lo rendeva nullo. — L'errore scusabile deve avere un valore sui rapporti di fatto prodottl dal matrimonio accordando ai coniugi ed ai figli i vantaggi dello stato nel quale essi credevano di vivere legittimamente: su questo principio di equità riposa la disposizione dell*Art.* 116 che accorda gli effetti civili al matrimonio dichiarato nullo se venne contratto in buona fede.

374. Ma quali saranno i criteri per conoscere quando concorra questa buona fede? — Niente ci dice in proposito l'*Art.* 116, e ci lascia libero il campo, per stabilirla, di ricorrere ai *principii* invalsi alla materia.

Secondo le Decretali di Alessandro III

(44) *Vedi sopra n.° 279 e succesivi.*

(45) *Process. verbal della Commiss. pag. 167.*

(46) *Ibid.*

(47) « *Si adversus ea quae diximus, aliqui* « *coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec* « *matrimonium, nec dos intelligitur* » *Inst. Tit. 10 de nupt.* § *12.*

— « *Si quis incesti vetitique coniugii sese* « *nuptiis fune staverit, proprias, quamdiu vi-* « *xerit, teneat facultates: sed neque uxorem,* « *neque filios ex eo editos habere credatur.* » *Leg. 6 Cod. de incest. et inut. nupt.*

(1180) di Innocenzo III (1213.) e le decisioni del Concilio di Laterano (1215.) il matrimonio *nullo* non poteva essere reputato di buona fede e produrre gli effetti civili se non in quanto fosse stato celebrato *pubblicamente — solennemente — ed in faccia alla Chiesa.*

Ugualmente, secondo gli interpetri delle Leggi Canoniche il matrimonio non si riteneva per *putativo* se non era stato contratto pubblicamente davanti il Curato di una delle parti, e solennizzato in presenza della Chiesa.

Sulla scorta di questi principii, che si presentano così razionali, e che vediamo accolti da scrittori illustri, (48) potremo ben ritenere, che per la mente, e per lo spirito del rammentato *Articolo* 116, all'oggetto di potersi dire verificata la buona fede, debbano concorrere due condizioni, cioè 1.° l'errore scusabile 2.° la solennità nell'*atto*.

375. L'errore deve essere di *fatto* non di *diritto*.

Supponete che il matrimonio sia stato contratto solamente davanti ad un Prete. Ma, per questo matrimonio, non si può verificare la *buona fede* delle parti, perchè esse dovevano sapere che il matrimonio riconosciuto valido dalla legge è quello celebrato davanti l'ufficiale dello stato civile. — L'errore di diritto è inammissibile (49).

Supponete invece, che dietro la notizia della morte di un primo marito, militare in attività di servizio, annunziata pubblicamente, e fortificata da presunzioni gravi, la moglie abbia contratto un nuovo matrimonio (50). — Evidentemente in questo caso concorre la buona fede dei contraenti, perchè l'errore circa alla morte del primo marito era un errore di *fatto*.

376. L'errore, oltre essere di *fatto*, deve anche essere *scusabile*; ma per rivestire tal carattere bisogna, che gli sposi abbiano preso tutte le precauzioni richieste dalla legge onde essere istruiti degli *impedimenti* che potevano esistere tra loro. — Per esempio, un matrimonio è contratto senza *pubblicazioni*, e si scopre in seguito che uno dei coniugi è legato da un precedente matrimonio L'*errore* che il coniuge libero allegasse non sarebbe scusabile, perchè appunto i mezzi prescritti dalla legge erano diretti ad evitare l'*errore*.

377. Per gli effetti della buona fede, oltre l'errore di *fatto*, e *scusabile* deve concorrere la *solennità dell'atto*, poichè non vi può essere buona fede agli occhi della legge, se non in quanto il matrimonio sia stato celebrato secondo le *forme* che essa prescrive.

378. La buona fede deve essere provata da chi l'allega, e l'apprezzazione delle circostanze, che hanno potuto indurre gli sposi in errore, è un punto rilasciato al prudente criterio dei Giudici.

379. Nella esistenza pertanto della buona fede il matrimonio, sebbene dichiarato nullo, produce gli effetti civili tanto a riguardo dei coniugi, quanto a riguardo dei figli (*Art.* 116).

380. Se ambidue i coniugi ignoravano l'impedimento che ostava alla celebrazione del loro matrimonio, ed erano nella buona fede di poterlo contrarre, i loro diritti sono, sotto tutti i rapporti, gli stessi se il matrimonio fosse stato legittimo. Quindi — facoltà a ripetere la dote per parte della donna — facoltà ad esercitare e liquidare i loro diritti sui beni della *comunione* — diritto a godere di tutti i vantaggi stipulati a profitto l'uno dell'altro nel contratto di matrimonio — diritto infine di succedere ai propri figli (51).

381. Ma se la buona fede è produt-

(48) *Toullier. Tom. 2 n. 879.*
— Duranton. Tom. 2. n. 349.

(49) *Bourges, 17 Mars 1830, De-Sacy.*
— Demolomb. n. 354.

(50) *Cass. 21 Mai 1810. Pastoris.*

(51) *Demolomb n. 367.*

trice di tali effetti, sarà del pari efficace a conservare a favore dei coniugi il diritto di successione?...

Non vi è dubbio che il diritto di *successione* è uno degli effetti civili del matrimonio — *Pothier*, in tema di *vedovile* competente alla donna, ritiene che tal *vedovile* le sia dovuto perchè la buona fede delle parti supplisce al vizio del matrimonio (52). — Ma se la legge attribuisce ai coniugi questo diritto *(Art. 721)* presuppone necessariamente la esistenza del matrimonio al momento della apertura della successione. Questa condizione che, a parer nostro, è implicita nel concetto della legge, manca nel caso del matrimonio annullato, poichè le parti, contraendolo, non hanno potuto avere in vista il diritto di *successibilità* che subordinatamente a questa condizione. Se dopo l'annullamento del primo avesse luogo un nuovo matrimonio, potrebbe verificarsi tra i due coniugi sopraviventi un conflitto, che la legge non ha voluto certamente lasciar sussistere (53).

382. Se poi uno solo dei coniugi era in buona fede, il matrimonio non produce gli effetti civili che a di lui favore soltanto *(Art. 116 capov.)* — Il coniuge di mala fede non può profittare del proprio *dolo;* egli, mentre rimane obbligato a favore del coniuge ingannato, decade da tutti gli utili, da tutti i vantaggi stipulati nel contratto di matrimonio, non che dal diritto di succedere ai propri figli *(arg. art. 156.)*

383. Altro degli effetti civili del matrimonio *putativo* è quello di far considerare come *legittimi* i figli che ne sono nati, e di attribuire ai medesimi i diritti dei figli legittimi propriamente detti. Onde è che raccolgono non solo la successione del loro padre e della loro madre, ma ancora quella dei *collaterali:* portano il nome dei genitori, ed hanno diritto al godimento e all'esercizio dei *titoli* e delle *distinzioni* della famiglia.

Si è pensato da alcuni che i figli nati da un matrimonio *putativo*, nel quale uno solo dei coniugi fosse in buona fede, dovessero ritenersi *legittimi* ed abili a succedere riguardo al coniuge di buona fede, *illegittimi* ed incapaci relativamente all'altro (54.)

Però il nostro *Articolo* 116 toglie qualunque dubbio in proposito, poichè dai termini coi quali è redatto chiaramente si rileva che gli effetti civili sono attribuiti ai figli tanto a riguardo del coniuge di *buona fede*, quanto a riguardo del coniuge di *mala fede*.

Non si potrebbe ammettere infatti, che uno stesso individuo fosse in parte *legittimo*, ed in parte no; e siccome il diritto di succedere riposa sopra la *legittimità, è* più conseguente e logico il pensare, che un figlio essendo *legittimo* a riguardo di uno degli sposi, sia necessariamente *successibile* a riguardo di ambidue e dei parenti delle due linee (55.)

384. Ha formato del pari subietto di controversia, se potessero attribuirsi gli effetti civili ai figli nati prima del matrimonio, o posteriormente alla scienza acquistata dell'impedimento.

Gli scrittori Francesi risolvono negativamente la prima questione — perchè non può esservi buona fede nel concubinato — perchè il matrimonio susseguente legittima i figli nati avanti la sua celebrazione, se è valido, ma non produce gli stessi effetti quando è nullo (56).

Ma parlare di *mala fede* nel concubinato all'effetto che possa influire sul matrimonio successivo è invertire i termini della questione. — Sia pure, che nel concubinato, comecchè cosa illecita, non vi

(52) *Traité du mariage n.° 438.*
(53) *Duranton n.° 368.*

(54) *Pothier ib. num. 440.*
(55) *Toullier Tom. 1. num. 660.* — *Demolomb. num. 362.*
(56) *Toullier. ibid. num. 657.*

sia buona fede. Ma quando appunto, per far cessare questa situazione, si deviene alla celebrazione del matrimonio; quando ambidue gli sposi, o uno di loro sono nella giusta opinione di contrarre un matrimonio legittimo, questo matrimonio, di fronte agli effetti civili a favore dei figli, è valido alla pari di quello al quale non osti verun impedimento, e la successiva dichiarazione di nullità non può retroagire sulla sua origine, e distruggere quella buona fede sotto l'egida della quale venne celebrato.

Sono queste forse le ragioni per cui il rammentato *Articolo* 116 ha statuito recisamente ed in modo assoluto, che la buona fede produce gli effetti civili anche riguardo » *ai figli nati prima del ma*» *trimonio.* »

L'unica condizione imposta si è, che siano stati riconosciuti prima che il matrimonio stesso venga dichiarato nullo.

385. La seconda questione, cioè del figlio nato posteriormente alla scienza acquistata dell'impedimento, viene risoluta in favore del figlio (57).

Il detto *Articolo* 116 contempla, per gli effetti civili, la buona fede al momento che è stato contratto il matrimonio. È questo il punto di partenza dal quale devono prender vita le disposizioni a favore dei figli: tuttociò che può avvenire successivamente, torneremo a ripetere, non può distruggere o modificare quella credulità, e quella opinione che gli sposi avevano sulla validità del loro matrimonio. D'altronde la causa dei figli è favorevole, e lo spirto del detto *Articolo* respinge la *divisibilità* degli effetti del matrimonio, quanto ai figli che ne sono nati, all'oggetto di reputare *legittimi*, alcuni *adulterini* o *incestuosi* altri.

(57) *Toullier. ib. num. 656. — Duranton. num. 363.*

SEZIONE TERZA

Dei diritti, e dei doveri che nascono dal matrimonio

—

SOMMARIO

386. 387. Necessità di stabilire con leggi positive i diritti e gli obblighi respettivi dei coniugi.

388. 389. Ragione della preminenza accordata al marito nella società coniugale.

386. Per conoscere, e determinare il carattere, e la estensione dei rapporti che nascono dalla intimità della vita coniugale non dovremmo richiamare alla mente che dei principii di morale.

Se la saggezza, la prudenza, e la stima reciproca fossero la guida dei matrimoni, un accordo maraviglioso dirigerebbe ambidue i coniugi ad un solo scopo, ad un solo oggetto, la loro comune felicità. Ma il più delle volte non è cosi. Ci si illude, ci si inganna, e non si apprezza la propria sorte se non quando il nodo è irrevocabilmente formato. Di qui le dissenzioni, i dissidi tra gli sposi di cui cosi spesso risuonano i tribunali.

387. A prevenire, ed anco a paralizzare questi perniciosi effetti bisogna che provveda la Legge collo stabilire i diritti e gli obblighi respettivi dei coniugi sia tra loro, sia di fronte ai figli.

388. La società coniugale, come tutte le società, deve avere chi la diriga allo scopo per cui è formata: un *dualismo* porterebbe alla dissoluzione della famiglia.

Nell'accordare questa preminenza ad uno dei coniugi la scelta non può essere dubbia. — Dotato, siccome è l'uomo, di una forza fisica superiore a quella della donna, e per il fatto della educazione ricevuta anco di una migliore attitudine morale, egli trovasi in tali condizioni da potere più facilmente provvedere colla sua industria, colla sua intelligenza al *ben essere* di colei che ha associata al proprio

destino, ed ai frutti della loro unione. Ecco quindi la origine di quel *potere* che trova appoggio nella ragione *storica*, ma che un razionalismo troppo spinto vorrebbe abolito in omaggio alla dignità della donna.

389. Il Codice nostro sanzionando questo potere lo ha spogliato dei vieti principj della famiglia romana cotanto infesti alla dignità ed alla condizione civile della donna, temperandolo in modo da essere per lei anzichè un potere di oppressione, un potere benefico di tutela e di protezione.

CAPITOLO PRIMO

Diritti e doveri comuni ai coniugi.

—

SOMMARIO.

390. 391. Condizioni imposte ai coniugi — coabitazione — fedeltà — assistenza.
392. 393. Il marito è capo della famiglia — non può cedere ad altri questo potere.
394. Può fissare il proprio domicilio ove creda opportuno — la moglie è obbligata a seguirlo.
395. 396. Quid, quando la moglie abbandoni il domicilio coniugale, o rifiuti di ritornarvi.
397. Niun patto può togliere al marito le attribuzioni del suo potere.
398. Condizioni cui è sottoposto l'esercizio di questo potere.
399. 400. Il marito deve proteggere la moglie; deve tenerla presso di se.
401. Quid, se rifiuti di riceverla nel domicilio coniugale.
402. Deve somministrarle tuttociò che è necessario ai bisogni della vita.
403. Diritti della moglie.
404. 405. 406. 407. Suoi obblighi.
408. Quid, se il marito non fissi una residenza.
409. Quando la moglie debba contribuire al mantenimento del marito.

390. La *coabitazione*, la *fedeltà*, l'*assistenza* sono le tre condizioni che la legge impone ai coniugi (*Art* 130).

La *coabitazione* è l'elemento costitutivo del matrimonio; senza di essa non è che una finzione scandalosa; ed i coniugi non potrebbero renunziarvi, perchè sarebbe lo stesso che consacrare la loro separazione personale.

L'obbligo della *assistenza* non si limita soltanto ai consigli, ai conforti, a tutte quelle premure che possono *moralmente* alleviare i dolori, ma comprende ben anco quello di somministrarsi scambievolmente tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita.

La obbligazione finalmente della *fedeltà* ha per sanzione le pene comminate dalla legge in caso di adulterio, ed il diritto accordato ai coniugi di domandare, se vi ha luogo, la separazione personale.

391. Lo sviluppo delle due condizioni, della *coabitazione*, e della *assistenza*, lo vedremo nei due seguenti *Articoli*, riservandoci di esaminare l'altra condizione della *fedeltà* allorchè tratteremo della separazione personale.

ARTICOLO PRIMO.

Diritti e doveri del marito.

392. Il marito è capo della famiglia: (*art.* 131) a lui quindi la direzione, la rappresentanza, la sorveglianza sia perciò che interessa l'*economico* della famiglia stessa, sia per quello che riguarda la persona della moglie e dei figli.

393. Questo attributo della potestà maritale è talmente inerente alla persona del marito che non può esercitarlo che egli stesso senza poterlo in nessuna circostanza cedere o delegare ad altri (*arg. art.* 1379).

Supponete, che il marito, assentandosi, lasciasse nella casa coniugale un mandatario coll'incarico di comandare per lui, di accordare o denegare l'ingresso ad alcune persone, di scegliere le persone di servizio, di regolare il consumo dei commestibili etc., in una parola di rappresentarlo come capo della famiglia; certamente la moglie potrebbe rifiutare obbedienza a questo *intruso*, ed anche invocare

il soccorso della autorità per espellerlo dalla casa se il medesimo resistesse all'ordine che essa gli avesse dato di allontanarsi.

Senza dubbio, potrebbe il marito confidare ad un mandatario la cura di amministrare i suoi beni; in ciò non vi è che una accusa di incapacità ad amministrare verso la moglie; ma volendola subordinare agli ordini e alla sorveglianza di un *agente* si viene a sospettare dei suoi costumi, ed il marito per conseguenza si rende colpevole a di lei riguardo di una ingiuria infinitamente grave, tanto più che, nella assenza o nella impotenza del marito, è la legge stessa che conferisce alla moglie la di lui rappresentanza; e l'esercizio della patria potestà, *(Art. 46 e 220 2.° capov.)*

394. Altro attributo del potere *maritale* si è quello di potere il marito fissare il proprio domicilio o la propria residenza ove egli creda opportuno, e l'obbligo correlativo nella moglie di seguirlo ed accompagnarlo ovunque *(Art. 131)*. — È questa la conseguenza logica della condizione della *coabitazione* imposta ai coniugi.

395. Ma allontanandosi la moglie dal domicilio coniugale, o rifiutandosi di seguire il marito nel domicilio o nella residenza da esso prescelti, avrà egli *azione* per obbligarla a tornare presso di lui, o a seguirlo nella nuova dimora?...

Certamente il marito potrà domandare ed ottenere la condanna della moglie all'adempimento di questa obbligazione; ma la questione sta nel vedere quali mezzi possano adibirsi per portare ad esecuzione la sentenza di condanna.

L'antico diritto accordava al marito la facoltà di farla arrestare, e recluderla in un Monastero fino a che non si fosse rassegnata a tornare con lui (1).

Il Codice Napoleone *(art. 214)* imponendo alla moglie l'obbligo di abitare col marito e di seguirlo ovunque, tace affatto su i mezzi coercitivi da adibirsi nel caso di inadempimento di tale obbligazione. Questo silenzio, ha aperto vasto campo alla controversia. — Molti scrittori e decisioni ritengono, infatti, che la donna possa essere sottoposta all'adempimento di quest'obbligo anche coll'arresto personale (2). — Altri hanno respinto tale opinione come contraria ai buoni costumi, ravvisando soltanto nel rifiuto della moglie una causa di separazione (3). — Finalmente vi sono coloro che hanno opinato come il mezzo più efficace e sicuro sia quello di autorizzare il marito a ritenere le rendite dei beni della moglie, e negare alla medesima la prestazione degli alimenti (4).

396. L'*articolo* 133 del nostro Codice, eliminando qualunque idea di *coazione personale*, ha accolta l'ultima delle riferite opinioni, poichè ha stabilito « *che l'obbligazione del marito di somministrare gli alimenti alla moglie cessa quando la moglie allontanatasi senza giusta causa dal domicilio coniugale ricusi di ritornarvi.* — *Può inoltre l'autorità giudiziaria, secondo le circostanze, ordinare a profitto del marito, e della prole il sequestro temporaneo di parte delle rendite parafernali della moglie.* »

E giustamente ha così disposto. La perdita degli alimenti ed il sequestro delle rendite se non faranno sì di vincere la reluttanza della donna, le infliggeranno almeno una punizione effettiva che durerà quanto la sua resistenza; mentre l'*arresto* sarebbe una misura derisoria nei suoi effetti e nelle sue forme, barbara e contraria alla dignità del matrimonio.

(1). *Novel. 117. Cap. 13*

(2) *Vazeille — du mariage Tom. 2. n.° 292.*
— *Paris 29. Mai 1808. Ampere.*
(3) *Delvincourt. Tom. 1. pag. 75.*
— *Bourges 17. Mai 1808 Louton.*
(4) *Marcadé Art. 214.*
— *Duranton. Tom. 2. n.° 436.*

397. Qualunque sia la estensione del potere maritale, niuna delle sue prerogative può essere tolta al marito, neppure col di lui consenso. Se nel contratto di matrimonio gli fossero state imposte delle condizioni contrarie ai suoi diritti, queste condizioni si avrebbero per non scritte *(art. 1379)*.

398. Se il potere che la legge conferisce al marito dà al medesimo una preminenza nella società coniugale, l'esercizio però di questo potere è sottoposto a delle condizioni che ne frenano gli eccessi, ne impediscono l'abuso, e garantiscono l'interesse della donna.

399. La prima di queste condizioni imposte al marito si è di proteggere la donna che, abbandonando la propria famiglia, si dà a lui e gli confida la propria esistenza *(Art. 132)*.

Invaderemmo il campo della *morale* se volessimo qui specificare gli obblighi tutti che questa condizione della *protezione* impone al marito. Diremo soltanto che con una saggia previdenza deve preservare la moglie dai mali ai quali potrebbe andare incontro, ed impiegare tutte le sue forze fisiche e morali per liberarla da quelli che non abbia potuto prevenire.

400. La *coabitazione*, come si è detto, è una obbligazione reciproca dei coniugi; ma quasichè non bastasse la relativa disposizione dell'Articolo 130, il successivo Articolo 132 ne fa un obbligo speciale per il marito rammentando al medesimo che egli ha il dovere di proteggere la moglie, e di » *tenerla presso di se.* »

401. Ma se il marito si rifiuti di ricevere la moglie nel domicilio coniugale, quali mezzi competeranno a lei per astringerlo all'adempimento di questo dovere?

La legge mentre prevede il caso dell'abbandono, per parte della moglie della casa maritale, o del rifiuto di ritornarvi *(art. 133)* non contempla il caso inverso, il rifiuto cioè del marito di ricevere la moglie nella propria casa. Da questo silenzio dovrà dedursi la mancanza di diritto nella donna ad ottenere dal marito l'adempimento della sua obbligazione?....

Pare a noi che i coniugi debbano essere trattati alla pari. Se pel rifiuto della moglie di tornare alla casa maritale può l'autorità giudiziaria ordinare a favore del marito il sequestro temporaneo di parte delle di lei rendite *parafernali*, non vi sarebbe ragione per non accordare alla moglie un ugual diritto su i beni del marito (5). Di più, se si riflette alla posizione speciale d'una moglie proscritta dalla casa maritale al danno morale che essa va a risentirne di fronte alla pubblica opinione, il rifiuto del marito costituisce certamente una ingiuria grave, e tale da autorizzare una domanda di separazione *personale*.

402. Non basta che il marito protegga, e tenga presso di se la moglie; bisogna ancora che lo somministri » *tuttociò* » *che è necessario ai bisogni della vita in* » *proporzione delle sue sostanze (Art. 132)*.

Nella determinazione degli alimenti tutto è *relativo*. Vi sono dei bisogni, sia pure fittizi, che il progresso delle arti, del lusso, o dei godimenti della vita hanno introdotto nelle diverse classi della società, e che il consentimento generale ha in qualche modo fatti suoi. Il marito che rifiutasse alla moglie queste cose di cui, è vero, si può fare a meno, ma delle quali godono le altre donne della sua età e della sua condizione, ferirebbe vivamente il di lei amor proprio, e le recherebbe una offesa più penosa a sopportare di quella, che proverebbe la moglie di un artigiano che la lasciasse senza pane.

Ora potrà ritenersi compresa nella disposizione del rammentato *Articolo* 132 anche la somministrazione di ciò che è necessario alla soddisfazione di questi bisogni?...

Davvero la locuzione di detto *Articolo*

(5) *Bruxelles 30 Aout. 1806. Daubremé. — Cass. 12 janv. 1808 memes parties.*

lascia luogo a dubitarne. Si parla, infatti, di *bisogni della vita*, da soddisfarsi in *proporzione delle sostanze* del marito senza far parola dello *stato o condizione* sociale del medesimo. — Configuriamo la ipotesi, che la moglie di un popolano che è provvisto di molto ricchezze, ma che ha vissuto sempre, e vive modestamente, intendesse vivere come una donna della più alta società; stando alla lettera dell'Articolo 132 siccome il trattamento richiesto dalla moglie sarebbe in proporzione delle sostanze del marito, così si dovrebbe soddisfare ai desideri di lei. Ma ciò sarebbo assurdo. Il marito pel solo fatto delle sue ricchezze, non potrebbe essero obbligato ad elevarsi, in quanto riguarda la moglie, ad una condizione diversa da quella in cui è nato, e vissuto. — Certamente il dotto *Articolo* parlando di bisogni della vita non può avero inteso soltanto di vita *materiale*, ma deve avere inteso ancho di vita *morale*, di vita *sociale*, di quei bisogni insomma che derivano dallo stato e dalla condizione che uno occupa nella società.

ARTICOLO SECONDO.

Diritti e doveri della moglie.

403. Col matrimonio viene a formarsi tra i coniugi una sola famiglia, una sola casa (6). La moglie quindi assume il cognome del marito e segue la condizione civile di lui, (*Art.* 131) per le qualità, il rango, gli onori, i privilegi (7). — Così se una popolana sposa un uomo che abbia un *titolo* aristocratico, essa acquista questo *titolo*, e si chiamerà principessa, duchessa, marchesa, contessa so il marito è tale.

Queste qualità le conserva anche sciolto il matrimonio, e finchè resta nello stato vedovile (8).

Al contrario se una donna nobile sposa un uomo che non lo sia, ella perde la sua nobiltà, ma sciolto il matrimonio riprende la sua prima qualità » *che* (così » dice Pothier) *era rimasta come ecclissata* » *dalla interposizione di suo marito* » (9).

404. Ma se la donna ha dei diritti, ha ancora degli obblighi.

405. La moglie dice l'*Art.* 131 è obbligata ad accompagnare il marito » *dovunque egli creda opportuno di fissare la* » *sua residenza.* » È questo per lei un obbligo assoluto, ne ad autorizzarla a vivere separata varrebbe lo addurre le privazioni cui andasse soggetta per la disgraziata condizione economica del marito, o il clima che si pretendesse nocivo alla di lei salute (10), e neppuro le convenzioni che potessero essere stato stipulate nel contratto di matrimonio (11).

406. Stando al modo assoluto, ed imperativo col quale è concepito il rammentato *articolo* 131 parrebbe che il matrimonio facesse della moglie una specie d'ombra attaccata al corpo del marito per seguirlo in tutti i sensi dove ad esso piaccia di andare. Ma non è così. Il senso grammaticale ma più che altro il senso virtuale della *disposizione* ci fanno comprendere, che se il marito è padrone di fissare la propria residenza, una residenza però vi deve essere; o che se egli è giudice della opportunità di cambiare questa residenza, la sua decisione deve essere quella di un buon padre di famiglia.

(6) « *Sed quia commixta familia est, et una* « *domus est.* — Leg. 1. §. 15. ff. de S. C. Silan.

(7) « *Mulieres honore maritorum erigimus.* « *et genere nobilitamus.* » Leg. 9. Cod. de incol.

(8) « *Non tamen permittimus mulieribus ad* « *secundas venientibus nuptias adhuc velle priorum maritorum dignitatibus aut privilegiis* « *uti.* » Nov. 22. cap. 36. —

(9) *Traité du mariag. P. 5. Chap. 1. num. 402.*

(10) *Bourges 17. Mai 1808 Louton — Colmar. 11 Dec. 1829. Dietsch.*

Pothier n.° 383.

(11) *Riom 6 Avril 1818. Arnaud.*

407. La residenza deve essere conveniente e tale che il marito possa ivi somministrare alla moglie le cose necessarie alla vita in relazione colle sue sostanze patrimoniali, e col di lui stato e condizione sociale. — In caso contrario potrebbe l'autorità giudiziaria autorizzare la donna a vivere separata, ed anche condannare il marito ad una pensione alimentaria a favore della medesima (12). Lo stesso sarebbe a dirsi se il marito, abusando del suo potere, rendesse impossibile alla moglie la coabitazione, o per le sevizie di cui la rendesse vittima, o perchè attentasse alla di lei sicurezza personale. Tutto però dipende dalla apprezzazione dei singoli fatti da valutarsi dai giudici secondo il loro prudente criterio (13).

408. Bisogna che il marito fissi una residenza.

Il fine del matrimonio è di dare allo Stato una famiglia di più, e di fare entrare il marito nel rango dei cittadini; ciò che non può aver luogo se non in quanto egli stabilisca un domicilio reale e continuo. — Si deve supporre che una donna non abbia abbandonato la propria famiglia se non nella speranza di avere una dimora fissa, ed una azienda domestica da regolare. Se il marito manca a questa condizione, può la donna domandare la separazione, ed anche la condanna del medesimo a passarle una prestazione alimentaria *(Art. 152 156)*. — L'inadempimento per parte del marito, di tale condizione deve dipendere dalla di lui volontà inquantochè, dedito al vagabondaggio, si abbandoni al capriccio di cambiare ciascun giorno di orizzonte. È ciò che contempla il detto *Articolo 152* « *senza* » *alcun giusto motivo non fissi una resi-* » *denza, od avendone i mezzi ricusi, di fis-* » *sarla in modo conveniente alla sua con-* » *dizione.* »

Ma configurate il caso di un individuo privo di mezzi di fortuna, inabile al lavoro, o che sia nella impossibilità di fissare un domicilio. La moglie di questo individuo non potrebbe domandare la separazione perchè l'inadempimento della condizione del domicilio imposta dalla legge non dipende dal fatto, e dalla volontà del marito.

409. Oltre l'obbligo della coabitazione la moglie ha ancora quello di contribuire al mantenimento del marito se questi non ha mezzi sufficienti. *(Art. 132 cap.)*

La morale e la legge impongono ai coniugi il dovere di portarsi scambievolmente soccorso ed assistenza: quindi la donna in proporzione delle sue sostanze, deve somministrare gli alimenti al marito, e conseguentemente anche una abitazione (14) nella quale non può sdegnare di vivere con lui.

CAPITOLO SECONDO

Diritti e doveri dei coniugi riguardo alla prole.

—

SOMMARIO.

410. 411. 412. Obbligo dei genitori di mantenere, educare, ed istruire la prole.
413. Obbligo correspettivo dei figli alla prestazione degli alimenti verso i genitori.
414. 415. Estensione e misura di questa obbligazione.
416. Modo di soddisfarla.
417. La figlia non ha diritto di ottenere dai genitori la costituzione di una dote alla occasione del suo matrimonio.
418. Se il figlio possa ottenere un assegnamento per esercitare una professione o un mestiere cui venne avviato.
419. 420. Quando cessi l'obbligo della prestazione degli alimenti.

410. È una delle principali leggi della natura quella che obbliga i genitori a

(12) *Duranton Tom. 2. n.° 437.*
— *Cassal. 9. janv. 1827. Testu c. Debure.*
(13) *Paris 20 juin 1818. — L. — Montpellier 23 Decemb. 1830. Fabre.*

(14) Leg. 6. ff. de alim. vel cib. leg. « *et* « *habitatio debebitur, quia sine his ali corpus* « *non potest.* »

mantenere, educare, ed istruire i propri figli (15), e che l'*articolo* 138, del nostro Codice sanziona e consacra.

Questa obbligazione spetta ugualmente al padre ed alla madre in proporzione delle loro sostanze; e resta di pieno diritto, e tutta intiera, a carico del coniuge che ha mezzi sufficienti per soddisfarvi, quando l'altro non ne abbia la possibilità.

Conseguentemente, per la indole solidale di questa obbligazione, la donna non potrebbe esimersi dal soddisfarla, quando ancora avesse ottenuto la separazione della dote dai beni del marito *(Art. 1423)*.

Ma se la obbligazione è *solidale* di fronte ai figli, non riveste tal carattere nei rapporti dei coniugi tra loro, e colui che supplisce allo spese occorrenti al mantenimento dei figli ha diritto di ottenerne la competente rivalsa contro dell'altro. È per questo che l'*Art.* 138 stabilisce, che nel contributo della madre debbano essere imputati i frutti della doto.

411. I genitori devono gli alimenti non solo ai loro figli, ma ancora ai loro generi, e alle loro nuore *(Art. 140)*.

412. L'obbligo degli alimenti a favore dei figli non si arresta ai genitori. Quando questi non abbiano mezzi sufficienti per soddisfarvi, l'adempimento di tale obbligo si spetta agli ascendenti più prossimi. *(Dett. Art.* 138 2.° *capov.)*

413. Se la natura e la legge impone l'obbligo ai genitori o altri ascendenti della prestazione degli alimenti a favore dei figli e discendenti, la natura e la legge impone ugualmente a questi ultimi l'obbligo di prestare gli alimenti agli ascendenti quando ne abbiano bisogno *(Art. 139)*. » *Parentum necessitatibus liberos succurrere justum est.* » (16) — Ed ugualmente il genero e la nuora sono obbligati a prestare gli alimenti al suocero e alla suocera *(Art. 140)*. Sono troppo forti i vincoli che crea il matrimonio per non ammettere l'obbligo reciproco negli affini di prestarsi gli alimenti.

414. Veduto quali sono le persone tenute alla prestazione degli alimenti, scendiamo ad esaminare la estensione di questa obbligazione.

415. I genitori hanno l'obbligo di » *mantenere, educare, ed istruire la prole.* » *(Art. 138)*. — Nel mantenimento viene compreso tuttociò che è necessario alla vita, nutrimento, abitazione, vestito (17). — Nella *educazione*, nella *istruzione* tutte le spese necessarie onde i figli possano rendersi atti ad esercitare una professione o un mestiere, o ad acquistare quel grado di cognizioni reclamate dalla loro condizione e stato sociale.

Ma vi è sempre qualche cosa di *relativo* nella determinazione e misura degli alimenti. La loro tassazione è rimessa alla prudenza del Magistrato, e la legge (come ha fatto l'*Art.* 143) non può che tracciargli delle regole per guidarlo. » *Gli » alimenti debbono essere assegnati in pro- » porzione del bisogno di chi li domanda, » e delle sostanze di chi deve sommini- » strarli.* »

Così l'obbligazione del padre, e della madre varia secondo la loro fortuna ed il loro stato, secondo i bisogni e le risorse del figlio. — Nella classe delle persone che esercitano un mestiere, l'obbligazione si riduce a porre i figli in stato di lavorare e guadagnarsi la vita. — Ma coloro, che sono nati da genitori più favoriti dalla fortuna hanno diritto a dei soccorsi più estesi, ancora quando la loro educazione possa dirsi compiuta, o abbiano raggiunto la maggiore età.

I Magistrati per altro non devono mai perdere di vista, che accordando troppo

(15) « *Necare videtur non tantum is qui par- « tum perfocat, sed et is qui abjicit, et qui ali- « monia denegat.* »
Leg. 4. ff. de agnos et alend. lib.

(16) *Leg. 1. Cod. de alend. liber.*

(17) *Leg. 6. ff. de alim; vel cibar legat.* — *Leg. 5. § 12. ff. de agnosc. vel alend. lib.*

facilmente delle pensioni alimentarie a dei maggiori, e soprattutto in somme troppo considerevoli essi favorirebbero la *indipendenza* non che *l'accidia* dei figli, e porterebbero così un attentato alla morale pubblica.

416. Chi deve prestare gli alimenti ha la scelta di soddisfare a tale obbligazione o mediante una pensione alimentaria, o col ricevere e mantenere nella propria casa colui che vi ha diritto *(Art. 145)*. Quindi se il padre e la madre offrissero al figlio di riceverlo e nutrirlo nella propria abitazione, il figlio non potrebbe pretendere invece una pensione alimentaria, ammenochè non dimostrasse la impossibilità, per i cattivi trattamenti dei genitori, di dimorare nella casa paterna. Ed è appunto in questo caso, o in qualunque altro consimile, che l'*Art.* 145 accorda facoltà alla autorità giudiziaria, secondo le circostanze » *di determinare il modo di* » *somminisirazione degli alimenti.* »

417. È alla sola *azione* per gli alimenti che si limita il diritto dei figli.

Per le inveterate consuetudini vigenti nelle diverse parti d'Italia, la figlia aveva diritto, alla occasione del di lei matrimonio, di ottenere dal padre la costituzione di una dote (18). L'*articolo* 147 ha distrutto ciò disponendo. » *I figli non hanno* » *azione verso il padre e la madre per ob-* » *bligarli a far loro un assegnamento per* » *causa di matrimonio* o *per qualunque al-* » *tra titolo.* »

Le ragioni per le quali i compilatori del Codice rigettarono il diritto nella figlia ad ottenere la costituzione di una dote furono le seguenti.

Si osservò, che accordando un tal diritto alle femmine, che non è in realtà se non se una anticipata successione, avrebbe dovuto estendersi il diritto medesimo ai maschi, o ciò per non offendere l'uguaglianza nella famiglia, che si volle inaugurare col nuovo codice, che aveva attribuito sulla successione diritti uguali sì ai maschi, che alle femmine; si sarebbe inoltre creato un semenzajo di questioni difficili a risolversi, che sarebbero state sempre causa di arbitrio, mettendo i genitori nella più trista condizione, ed esponendoli al pericolo di essere spogliati dai figli.

Si rilevò ancora, essere esagerati i timori che i genitori, non obbligati a dare la dote alle figlie, potessero impedirne o incagliarne il matrimonio, giacchè era ben certo, che i genitori fanno anche onerosi sacrifizi per collocare le loro figlie, e se talvolta si oppongono al matrimonio delle medesime non lo fanno che per trattenerle dal contrarre unioni sciagurate, delle quali non tardano poi a pentirsi; che la miglior cosa era quella di confidare nella pietà paterna.

Si osservò finalmente, che accordando alle figlie il diritto di ottenere una dote vi era il pericolo di cagionare, talvolta, la rovina delle famiglie, perchè sia per accertare la possibilità o no di dare la dote, sia per determinarne il quantitativo, si sarebbero sempre dovuti svelare lo stato di fortuna ed i segreti della famiglia lo che, oltre di riuscire doloroso o sommamente irritante pei genitori, sarebbe sempre stato dannoso al credito od alla considerazione della famiglia intiera, ed avrebbe sovente potuto rovinare una industria o un commercio fiorente, sola ed unica risorsa della medesima, o impedire il collocamento di altre figlie forse più degne di quella che volesse maritarsi contro la volontà dei genitori (19).

418. Se il figlio non ha diritto di ot-

(18) Per le leggi Romane era dovere imprescindibile del padre il dotare la figlia. — *Leg. 19. ff. de rit nuptiar.* — Leg. ult. Cod. de dote promiss. « *Neque enim leges incogni-* « *tae sunt, quibus cautum est, omnino pater-* « *num esse officium dotem, vel antenuptias do-* « *nationem pro sua dare progenie.* »

(19) *Procés. verb. della Commiss. coord. del Cod. Civ. pag. 108.*

tenere dai genitori un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo, pare a noi, che non possano rifiutarsi al medesimo le spese occorrenti per rendersi atto all'esercizio della professione o del mestiere cui sia stato avviato. Ciò rientra nell'obbligo, che hanno i genitori di *istruire* la prole, poichè sarebbe vana questa *istruzione* se non avesse per effetto di porre i figli in grado di trarne un profitto (20). — Però si comprende che i giudici debbano accogliere la domanda del figlio con molta circospezione perchè potrebbe esservi un danno ai diritti, di patria potestà forzando il padre a render conto alla giustizia dei motivi che lo spingono a rifiutare al figlio la continuazione del tale o tale altro sistema di educazione.

419. Gli alimenti sono accordati per il *bisogno* di colui che gli riceve, ed in proporzione delle sostanze di chi deve somministrarli. Quindi la cessazione del *bisogno* nell'alimentando, o la perdita o diminuzione delle sostanze dell' alimentante, fanno cessare in tutto o in parte quest'obbligo. Lo dispone l' *Art. 144.* » *Se* » *dopo l'assegnazione degli alimenti sopravviene una mutazione nelle condizioni di* » *chi li somministra o di chi li riceve, l'autorità giudiziaria provvederà per la cessazione, la riduzione o l'aumento secondo* » *le circostanze.* »

420. Oltre alla cessazione del bisogno, o alla deteriorata condizione economica dell'alimentante, vi sono altri casi specialmente contemplati dalla legge, nei quali cessa la obbligazione degli alimenti.

Il primo di questi casi si è quando muoja colui, che deve somministrarli, ancorchè vi fosse obbligato in forza di sentenza *(Art. 146)*. — Intanto sono dovuti gli alimenti inquanto tra l'alimentando e l'alimentante intercede un grado di parentela contemplato dalla legge. La obbligazione relativa non è che meramente *personali*. Morto l' alimentante i di lui eredi non succedono, ne possono succedere nei *rapporti* di sangue che il loro autore aveva coll'alimentando; manca pertanto la causa, la ragione per cui debba continuarsi la soddisfazione di un obbligo che solo, ed esclusivamente faceva carico al loro autore (21).

L'altro caso si riferisce al suocero, alla suocera, genero e nuora. La obbligazione degli alimenti cessa: 1.° Quando la suocera e la nuora siano passate a seconde nozze; 2.° Quando il coniuge da cui derivava l'affinità, ed i figli nati dalla sua unione coll'altro coniuge ed i loro discendenti siano morti *(Art. 140)*.

(20) *Bordeaux 6. juill. 1832. Forge.*

SEZIONE QUARTA

Dello scioglimento del matrimonio, e della separazione dei coniugi

—

SOMMARIO

421. 422. 423. 424. Origine della separazione personale.

421. Il nostro Codice proclamando la indissolubilità del matrimonio (1), esclude il *divorzio;* ammette però la separazione personale dei coniugi.

422. La separazione personale fu introdotta dal diritto Canonico, dopochè il *divorzio,* permesso nei primi tempi della Chiesa, finì per essere abolito nella Religione Cattolica, ed il concetto della indissolubilità del matrimonio si impresse nelle coscienze come *dogma* (2).

423. Anche i codici delle diverse province d'Italia riconobbero la indissolubi-

(21) *Arg. Leg. 5. § 17. ff. de agnosc. et alend. liber.*

(1) Art. 148. « *Il matrimonio non si scioglie che colla morte di uno dei coniugi.* »

(2) *Toullier Le droit civil. Liv. 1. Tit. 6. n.° 755.*

Vedi la *Leg. 8. Cod. de repud.* e la *Nov. 117. Cap. 8 e 9.*

lità del vincolo matrimoniale, (3) ed il nostro Codice, non tanto in omaggio al principio religioso, quanto perchè ritenne il *divorzio* dannoso in se stesso, o nei suoi effetti, ammesse la sola separazione personale senza distinzione di *culto*, distinzione che era stata adottata da alcuni dei Codici già vigenti (4).

424. Dobbiamo ora vedere quali sono le cause per le quali si può domandare la separazione — quale ne è il procedimento — quali ne sono gli effetti.

CAPITOLO PRIMO

Delle cause per le quali si può domandare la separazione personale

—

SOMMARIO

425. Quando si verifichi il diritto di domandare la separazione.
426. 427. Criteri stabiliti in proposito dal Codice.
428. Cause di separazione.
429. 430. 431. Adulterio — della moglie — del marito.
432. 433. Chi debba intendersi per concubina nel senso della legge.
434 435. 436. Condizioni perchè l'adulterio del marito possa essere causa di separazione.
437. 438. Eccessi, sevizie, minacce, e ingiurie gravi. — Principii direttivi.
439. 440. 441. 442. Eccessi — sevizie. — Cenni storici.
443. Differenza tra eccessi e sevizie.
444. Devono essere tali da rendere impossibile la continuazione della vita comune.
445. Se possano formar sempre causa di separazione.
446. 447. 448. Ingiurie gravi — distinzioni.
449. 450. Ingiurie verbali — quando poss no avere la gravità contemplata dalla legge.
451. 452. 453. Ingiurie scritte — querela di adulterio — domanda di nullità di matrimonio.
454. Quid, se le ingiurie siano contenute nelle lettere scritte da un coniuge all'altro.
455. Quid, se nelle lettere scritte ad un terzo.
456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. Ingiurie reali — rifiuto di somministrazione delle cose necessarie alla vita — abbandono volontario — comunicazione della luc venerea — cambiamento di religione — rifiuto di celebrare il matrimonio religioso.
468. Quando l'adulterio del marito benchè non accompagnato dal concubinato possa costituire una ingiuria.
469. Minacce — quando siano causa di separazione.
470. Condanna di uno dei coniugi a pena criminale.
471. 472. Condizioni perchè possa essere causa di separazione.
473. Se la riabilitazione del coniuge condannato tolga all'altro il diritto di domandare la separazione.
474. Mancanza, per parte del marito, di una residenza fissa e conveniente.
475. Mutuo consenso dei coniugi.
476. 477. Quando sia causa di separazione.
478. Inammissibilità delle domande di separazione.
479. Riconciliazione dei coniugi.
480. Suoi effetti.
481. 482. 483. 484. 485. 486. Casi di riconciliazione presunta — silenzio del coniuge offeso — continuazione della coabitazione.
487. La riconciliazione non toglie il diritto a domandare la separazione per i fatti sopravvenuti.
488. 489. 490. 491. 492. Se la reciprocità dei torti renda inammissibile la domanda di separazione — adulterio — provocazione.
493. Il coniuge convenuto può domandare reconvenzionalmnete la separazione.

425. Quando le sofferenze ed i dolori di cui un coniuge rende vittima l'altro sono giunti a tal punto da renderne impossibile la continuazione della vita comune, sorge nel coniuge offeso il diritto di domandare la separazione. È questa la *norma* generale che può fissarsi in questa materia: ma lo stabilire il grado di queste sofferenze, e di questi dolori, o in loro stessi, o in relazione alla persona offesa ed alla sua condizione sociale, è quello,

(3) Vedi *Cod. Austriaco Art. 111.*
— *Cod. delle due Sicilie Art. 216.*
— *Cod. di Parma Art. 633.*
— *Cod. di Sardegna Art. 144.*

(4) Il *Codice Austriaco (Art. 111 e 116)* mentre dichiara indissolubile il matrimonio contratto fra persone cattoliche, ne permette lo scioglimento tra gli *accattolici.* — Lo stesso disponeva il Codice di Sardegna del 20 Giugno 1837. *(Art. 144 e 150).*

che la legge non può determinare. I *fatti* vestono una infinità di colori, ed è necessario affidarne l'apprezzamento al prudente criterio della autorità giudiziaria. Ci piace riportare l'aureo consiglio che il sommo Pothier da in proposito al Giudice. » *Egli* (dice l'illustre scrittore) *non dee* » *essere ne troppo facile ad accordarla per* » *momentanee dissensioni, ne troppo diffi-* » *cile, quando conosca che tra le parti vi* » *sia una antipatia, un odio inveterato, che* » *la coabitazione aumenterebbe se vivessero* » *ulteriormente unite* » (5).

426. La legge nostra senza occuparsi di determinare il *grado* e la *misura* di ciò che può rendere impossibile la continuazione della vita comune, ha indicato semplicemente le cause che possono dar diritto a domandare la separazione, rilasciandone l'apprezzamento, secondo le circostanze, alla sagacia ed alla prudenza dei Magistrati.

427. E prima di tutto, ad impedire che dei motivi futili o occasionati da passeggieri rancori siano dedotti quali cause di separazione ha fissato per regola fondamentale che » *il diritto di chiedere la* » *separazione spetta ai coniugi nei soli casi* » *determinati dalla legge.* » *(Art.* 149*)*.

Questo principio mentre garantisce il vero interesse delle parti, assicura in pari tempo l'interesse generale della società, poichè si è certi che non si faranno risuonare i Tribunali di reclami capricciosi e frivoli, ma di reclami che presentino in se una gravità tale da desiderare, come il minor male, che il coniuge offeso sia separato dall'altro.

448. Le cause per le quali il Codice autorizza la separazione sono 1.° l'adulterio, o il volontario abbandono di uno dei coniugi; 2.° gli eccessi, le sevizie, le minacce, le ingiurie gravi; 3.° la condanna di uno dei coniugi ad una pena criminale 4.° la mancanza, per parte del marito, di una residenza fissa, e conveniente 5.° il mutuo consenso delle parti (6).

ARTICOLO PRIMO.

Dell'adulterio.

429. L'adulterio viola la condizione sostanziale del matrimonio la *fedeltà*.

L'adultero confonde con un sangue straniero quello del marito, che essa deve trasfondere nei suoi figli, altera nel suo principio l'armonia che deve unire i fratelli, e comprime nel cuore del compagno dei suoi giorni quel dolce abbandono al sentimento della natura che è la delizia maggiore della paternità.

Il marito adultero avvilisce con un umiliante confronto la dignità legittima della sua consorte, converte in affronto gli omaggi che le dovrebbe, e dà lo scandaloso esempio della fede violata.

Razionalmente la loro colpa è uguale, ma uguali però non ne sono gli effetti. La infedeltà del marito non ha conseguenze; ma non è così della infedeltà della moglie; il pericolo soltanto di introdurre dei figli adulterini nella famiglia è ragione più che bastante per riguardare in aspetto maggiormente severo la trasgressione della donna.

Questo modo di apprezzazione non sfuggì alla antica sapienza, e le leggi Romane se concedevano una *azione* al marito per l'adulterio della moglie, non la concedevano ugualmente a questa, ammenochè l'adulterio non fosse accompagnato dal concubinato (7).

430. Il nostro Codice si è conformato a questi principii. — L'adulterio della moglie, in qualunque luogo sia stato commesso autorizza il marito a domandare la separazione, *(art.* 150*)* mentre non è sempre così dell'adulterio del marito.

431. A tale oggetto occorre che il marito » *mantenga la concubina in casa, o*

(5) *Pothier Traité du mariag. n.° 508.*

(6) *Art. 150 151 152 158.*

(7) Vedi *la leg. 1. Cod. ad leg. jul. de adulter. — e la Novel. 117. cap. 9 § 5.*

» *notoriamente in altro luogo, oppure con-* » *corrano circostanze tali che il fatto costi-* » *tuisca una ingiuria grave alla moglie* » *(dett. art. 150).*

Questa disposizione richiama a diverse ispezioni relativamente alla persona che si rende complice nel fatto — al luogo ove è commesso — alle circostanze, che indipendentemente dal concubinato, possono autorizzare la moglie a domandare la separazione.

432. Agli affetti di cui è parola chi dovrà considerarsi come concubina?,.. Non certamente la donna che occasionalmente possa aver commercio con un uomo ammogliato, ma colei che abbia col medesimo rapporti abituali, e tali da costituire una intimità, una amicizia colpevole (8).

L'*Articolo* 150 si riferisce certamente a tali *rapporti* colle espressioni » *quando* » *egli mantenga la concubina in casa, o no-* » *toriamente in altro luogo,* » poichè la parola *mantenere* non accenna, per il suo significato, ad un fatto unico ed isolato, ma bensì alla frequenza, alla ripetizione di più atti.

E qui si noti come il Codice Francese, dal quale il nostro ha tratto la maggior parte delle sue disposizioni, stabilisce all'*Art.* 230 che l'adulterio del marito può essere causa di divorzio, e conseguentemente anche di separazione » *allor-* » *chè egli avrà tenuta la sua concubina nella* » *casa comune* ». — Il Codice Italiano, invece, adopera la frase » *quando man-* » *tenga la concubina in casa etc.* » lo che a parer nostro, sta a dimostrare più calcatamente, il concetto della intimità e degli abituali rapporti assai meglio di quello non abbia fatto il Codice Napoleone colle surriferite espressioni.

(8) Tale è il concetto che può desumersi dalla *Novella 117, cap. 9 § 5. « Siquis in ea « domo in quacum sua coniuge commanet, con- « temnens eam, cum alia inveniatur in ea do- « mus manens; aut in alia domo cum alia « mulierae frequenter manere convincitur. »*

433. Niente importa la qualità o la condizione della persona, dovendosi considerare per *concubina* ogni donna che, come si è detto, ha inonesti ed abituali rapporti coll'uomo ammogliato. Quindi ancorchè si trattasse di una donna addetta al servizio della famiglia, e che fosse stata introdotta nella casa dalla moglie, anche contro la volontà del marito, non per questo cesserebbe di verificarsi il *concubinato* contemplato dalla legge (9).

434. Onde ammettere la separazione per l'adulterio del marito non basta che egli abbia una concubina; bisogna che la » *mantenga in casa.* »

Casa, nel senso *virtuale* dell'*Articolo* 150, non è soltanto quella nella quale i coniugi hanno la loro dimora abituale, ma ancora ogni altra in cui siano soliti abitare in dati tempi, in date circostanze: insomma la parola *casa* sta ad indicare il *luogo* ove abita il marito, nel quale egli ha diritto di forzare la moglie a seguirlo ed ove può essere obbligato a riceverla, vale a dire il *domicilio coniugale.*

Poco importa conseguentemente che la moglie non dimori nella casa del marito, o perchè l'abbia abbandonata, o perchè il marito, abbandonando la moglie, si sia scelto un altro domicilio, inquantochè ovunque il marito risieda ivi è la *casa* o il *domicilio coniugale* (10).

Così ugualmente, e per la stessa ragione, poco importerebbe che il marito mantenesse la concubina in una *dipendenza* della *casa*, per esempio in un quartiere dello stesso casamento in una casa di campagna (11).

435. Il mantenimento della concubina nella *casa* o *domicilio coniugale* sotto gli occhi della madre di famiglia e dei suoi figli è un nuovo oltraggio che il marito aggiunge alla propria colpa; ed è questo oltraggio che la legge prende di mira

(9) *Rennes 13 Fev. 1817. Rapinèt — 17. Fev. 1833. — I. —*

(10) *Cass. 21. Dec. 1818. Dupuiss.*

(11) *Besancon 9 Avril 1808. Lanckel.*

formandone una causa di separazione. Ma non si limita a questo soltanto: essa concede alla moglie il diritto di domandare la separazione anche quando la concubina sia mantenuta *notoriamente* in qualunque altro luogo.

Finchè la cognizione del fatto non oltrepassa la cerchia delle pareti domestiche potrà la infelice moglie piangere su i traviamenti del marito, o confortarsi nella speranza che il tempo e le circostanze lo riducano a migliori consigli. Ma quando il fatto è *notorio*, quando essa è posta alla mercè della pubblica opinione, l'amor proprio di donna, la dignità di moglie rimangono troppo crudelmente feriti per non ravvisare nella *pubblicità* una causa aggravante l'adulterio alla pari della permanenza della concubina nel domicilio coniugalo.

436. Stabilisce finalmente il rammentato *Articolo* 150 che la moglie ha diritto di domandare la separazione per l'adulterio del marito anche quando » *concorrano » circostanze tali che il fatto costituisca una » ingiuria grave alla moglie.* »

Nel pensiero della legge si prende di mira, più che l'adulterio in se stesso, la condotta del marito, ed i disordini ai quali si abbandona. — Configurate il caso che la moglie sorprenda il marito in atto di flagrante infedeltà con una donna che accidentalmente abbia condisceso alle di lui voglie. Certamente non si verificano i termini del *concubinato*, ma le circostanze del fatto costuiscono, per la moglie, tale ingiuria da non immaginarsi maggiore. Perchè infatti dovrebbe condannarsi al silenzio, quando coi propri occhi ha avuto la prova della colpa del marito?... Come sarebbe possibile la continuazione della vita comune?... Senza dubbio l'*Articolo* 150 con detta disposizione contempla questo caso, o vi provvede accordando alla moglie oltraggiata il diritto di domandare la separazione (12).

ARTICOLO SECONDO.

Eccessi, sevizie, minacce e ingiurie gravi

437. Gli eccessi, le sevizie, le minacce, e le ingiurie gravi di un coniuge verso dell'altro sono la seconda causa di *separazione*. È questa la dispozione arida e secca dell'*Art.* 150. Ma in che devono consistere questi eccessi, queste sevizie, queste ingiurie?... — Il silenzio del Legislatore ci fa ben comprendere, che nella impossibilità di somministrare una definiziono esatta di queste *cause*, che secondo le diverse circostanze possono subire una infinità di *gradazioni*, si è riportato, anche su questo punto, alla interpretazione ed al discernimento de' Giudici. È ad essi che appartiene esclusivamonte di apprezzare i fatti, e di decidere se costituiscono o no gli eccessi, le sevizie, le minacce, o le ingiurie: dovranno pertanto prendere in considerazione la posizione sociale dei coniugi, la educazione che hanno ricevuta, il loro carattere, la moralità del coniuge offeso per concluderne se nel fatto concorra il carattere e la qualifica che la legge ha genericamente designato come causa di separazione (13).

438. Volendo formarsi un concetto logico e chiaro di queste *cause*, pare a noi, che le medesime possano comprendersi sotto la formula generale di » *mali trattamenti*, » mali trattamenti che rivestono il carattere di eccessi e sevizie se *fisici*, di minacce o di ingiurie se *morali*. Questa distinzine, che d'altronde è conforme alla lettera ed allo spirito della legge, ci apre la via ad esaminare più facilmente queste singole cause di separazione.

§. 1.°

Eccessi — Sevizie

439. Presso i popoli della antichità il

(12) *Process. verbal. della Com. per la coord. del Cod. Civ. pag. 113.*

(13) *Pothier n.° 509. — Duranton Tom. 2. n.° 552 553.*

marito acquistava la moglie come si acquista una schiava, il matrimonio consisteva in una vendita, ed il prezzo era pagato al padre della giovine sposa. Potestà quindi piena illimitata nel marito, dipendenza cieca assoluta nella moglie (14).

Le leggi Romane conservarono la impronta di questa primitiva costituzione della famiglia per modo, che denegarono alla donna il diritto di domandare il *divorzio* quando, senza veruna causa, fosse stata non solo *percossa* ma flagellata dal marito (15).

Gli interpetri procurando di mitigare la crudeltà di queste leggi ritennero che, verificandosi alcuna delle cause per cui era ammesso il divorzio, potesse il marito *battere* anche gravemente la moglie « *acriter verberare* » — che negli altri casi gli fosse permesso soltanto di gastigarla moderatamente (16).

E tanto era invalsa questa dottrina che in tempi a noi non lontani si riteneva come nulla e contro i buoni costumi la obbligazione assunta dal marito di non *battere* la moglie moderatamente per correggerla (17).

Anche il diritto Canonico ammetteva tali teorie, poichè non permettova la separazione se non quando le sevizie fossero spinte a tal punto da mettere in pericolo la esistenza della moglie (18).

(14) *Paul Gide — Etude sur la condition de la femme pag. 27.*

(15) *Novel. 117 cap 14.* « *Si quis autem* « *propriam uxorem flagellis aut fustibus cae-* « *ciderit sine aliqua causarum, quas contra* « *uxores ad matrimonii solutionem sufficere* « *jussimus, matrimoni quidem solutionem ex* « *hoc fieri nolumus* ».

(16) Vedi *Gothofredo* nella interpretazione di detta *Novella 117.*

(17) *Sabell. in summ. verb. maritus VII n.° 4.* « *Maritus potest correctionis gratia uxorem* « *leviter percutere.... infert quod non potest* « *compelli ad cavendum de non percutiendo* « *moderate uxorem et ad correctionem, et si* « *de facto se obbligasset non tenetur promissio* « *tanquam contra bonos mores.* »

(18) *Cap. 13. Extr. de restit.*

440. Questi principii, queste teorie, mercè la nostra civiltà, più non hanno vigore. L'uguaglianza dei diritti dei coniugi è stata riconosciuta ed ammessa. Non si potrebbe infatti senza indignazione sopportare che un marito, perchè una delle azioni della moglie non lo soddisfa, abusi della sua forza e freddamente, erigendosi in tribunale, infligga egli stesso un gastigo che come giudice ha pronunziato. Autorizzare questa singolare giurisdizione sarebbe abbandonare la donna alla oppressione.

441. Questa uguaglianza di diritti tra i coniugi è stata consacrata dal nostro Codice, e gli *eccessi* e le *sevizie* di cui uno si renda colpevole verso dell'altro formano altrettante cause di separazione.

442. Esaminiamo ora più da vicino queste *cause.*

443. Sebbene tanto gli *eccessi* quanto le *sevizie* possano dar diritto a domandare la separazione, esiste però tra loro una differenza notabile.

Grammaticalmente la parola *eccessi* sta ad indicare tutto ciò che passa i limiti della ragione, della onestà, della convenienza; la parola *sevizie* indica crudeltà. Questo significato *tecnico* ci porta naturalmente ad apprenderne il senso *filosofico.* Gli *eccessi* presuppongono la idea di animo concitato al grado massimo, di violenza ; le *sevizie* presuppongono invece calcolo, freddezza, abitudine in chi le commette.

Quindi *giuridicamente*, o nel senso dell'*Art.* 150, pare a noi che debbansi ritenere per *eccessi* gli attentati che compromettono la esistenza stessa di colui che ne è vittima, e per *sevizie* gli atti di crudeltà meno violenti, ma in generale più abituali.

444. In ogni modo tanto gli uni quanto le altre devono essere tali da rendere impossibile la continuazione della vita comune (19). — Suppeniamo il caso che il

(19) *Besançon 13 pluv ann. XIII Faivre — 1. juin 1811. C. —*

marito comunichi alla moglie la *lue venerea* e sia provato che egli per odio o per vendetta ha contaminato il sangue di quella sventurata. Questa azione, che è il colpo piu crudele che possa recarsi alla moglie, compromette la salute, la sicurezza di lei, insomma è tale che raggiunge il culmine della scala dei *mali trattamenti*, e che autorizza necessariamente la separazione (20).

445. Ma le *sevizie* e gli *eccessi* saranno sempre causa di separazione qualunque sia la condizione sociale dei coniugi?...

Gli antichi scrittori, e tra questi Pothier *(n.° 509)* sostengono, che debbasi aver riguardo alla qualità e condizione delle parti » *Uno schiaffo (dice egli) o un » pugno dato da un marito alla propria » moglie, che potrebbe essere una causa suf- » ficiente di separazione tra persone di ci- » vile ed onesta condizione, non sarà tale » fra persone del basso popolo* ».

Questa *dottrina* potrà forse ammettersi nel tema di ingiurie. Il linguaggio che detta l'ira e lo sdegno è effettivamente si differente secondo lo stato, la professione, ed il grado di educazione delle persone, che la medesima espressione, che in un rango elevato è una ingiuria grave, non è in un rango inferiore che una villania senza conseguenza. Ma le *vie di fatto* non sono tollerabili in alcuno stato della società, e la donna, benchè moglie del piu infimo, non deve essere abbandonata alla di lui brutalità ugualmente che la moglie di uno della più elevata condiziono (21).

D'altronde la disposizione dell'*Articolo* 150 è *generale;* non si fa parola di qualità o condizione di persone, nè potrebbe ammettersi una distinzione cho non fu, ne poteva essere nella mente del Legislatore. Ciò che è necessario di accertare si è, come abbiamo già detto, che gli *eccessi* e le *sevizie* siano tali da rendere impossibile la continuazione della vita comune.

§ 2.°

Minacce e ingiurie gravi.

446. Le ingiurie gravi o le minacce sono altra causa di separazione *(Art. 150)*.

Come per gli *eccessi* e per le *sevizie* anche qui il legislatore si è limitato a designare le *ingiurie* per il loro carattere generale rilasciando alla coscienza ed alla sagacità dei magistrati di conoscere ed apprezzare se abbiano il grado sufficiente per ottenere la separazione.

447. Queste ingiurie sono di due specie *verbali* e *reali*. — Le prime sono quelle che hanno luogo per *parole* o per *scritto*, e comprendono i propositi insultanti, i termini di disprezzo, le imputazioni diffamatorie e calunniose. — Le seconde abbracciano tutti i fatti che racchiudono in se stessi un insulto, un oltraggio, o un segno di disprezzo.

448. Sulla scorta di queste distinzioni non faremo che passare in rassegna quei fatti, che più comunemente sogliono verificarsi nella vita domestica: essi saranno come dei *tipi* che potranno, secondo le diverse circostanze, servire di guida a riconoscere quando vi sia attentato all'onore, alla considerazione alla stima, oppure manifestazione di sentimenti d'odio, di avversione, di disprezzo di un coniuge verso l'altro.

Avvertiremo per altro che ove la ingiuria sia stata l'effetto di un moto improvviso di ira e di sdegno — sia stata seguita da un sincero pentimento — ne sia inconciliabile con i sentimenti di interesse e di stima desiderabili tra i coniugi, questo circostanze attenuano la sua gravità e possono autorizzare i Giudici a concedere il perdono che il coniuge offeso abbia rifiutato.

Al contrario se dalla natura delle ingiurie venga a resultare che un coniugo

(20) *Proces. verb. della Comm. per la coord. del Cod. civ. pag. 115.*

(21) *Bordeaux 10 Avril. 1826. Poitevin — 2. Aout 1812. (Tom. 2. 1842 pagina 698). Chauvin.*

non ha per l'altro che dei sentimenti di odio e di disprezzo, il coniuge offeso deve essere sollevato dalle sue obbligazioni, e la separazione deve essere accordata.

449. La ingiuria *verbale* può avere la gravità contemplata dalla legge allorchè, per il senso delle *parole*, o per le circostanze che l'accompagnano, porta un ingiusto attentato all'onore ed alla considerazione del coniuge contro del quale è diretta. — Importa però di non dare alle *espressioni* suonanti ingiuria che un senso *relativo*. Per esempio, la *qualifica* che suol darsi a donne di mala vita, data alla moglie di un uomo che ha ricevuto della educazione basterebbe per fare ascoltare le domande di questa donna oltraggiata; mentre tra persone ineducate non vi si potrebbe ravvisare che una trivialità senza conseguenza.

450. Si può porre nella prima classe delle ingiurie *verbali* quelle che un coniuge proferisca contro dell'altro davanti il Tribunale.

Supponete che i coniugi chiamati in *conciliazione* davanti il Presidente per una domanda di separazione prodotta da alcuno di loro, anzichè limitarsi a quello che possa richiedere l'interesse della causa, si imputassero invece di fatti disonorevoli e non giustificati in modo alcuno; come se il marito incolpasse la moglie di adulterio, l'accusasse di furto, la dichiarasse affetta da malattia *acquisita* etc. o la moglie imputasse il marito di mala condotta di libertinaggio, o di qualunque altra azione disonorevole (22). Queste imputazioni calunniose costituiscono indubitatamente una ingiuria grave per chi la riceve, tanto più grave poi per il luogo ove viene fatta, e conseguentemente per la pubblicità che gli si è data. Quindi ancorchè la domanda già intentata si presentasse inammissibile per difetto di prova, ciò non ostante le espressioni contumeliose proferite dal convenuto, o le imputazioni calunniose da lui fatte potrebbero servire di nuovo appoggio alla domanda stessa per l'effetto di ottenere la separazione (23).

Giova però notare che ove si trattasse semplicemente di rimproveri o di imputazioni che il coniuge *convenuto* in separazione impiega a propria difesa, non dovrebbero allora considerarsi capaci a fare pronunziare la separazione (24).

451. Esaminiamo qualche caso di ingiurie per *scritto*.

452. L'accusa di adulterio portata dal marito contro la moglie sarebbe una ingiuria estremamente grave, e se, dietro una *querela* imprudentemente formata egli soccombessse per mancanza di prova, non potrebbe certamente sottrarsi alla domanda di separazione.

Sarebbe lo stesso, quando si valesse di tale imputazione come mezzo di eccezione alla domanda di separazione formata contro di lui dalla moglie, poichè ove le prove fossero giudicate insufficienti, questa eccezione irreflessiva assicurerebbe alla moglie il successo della domanda. — È la *pubblicità* che aggrava la ingiuria; pubblicità che il marito doveva bene prendere in considerazione prima di lanciare una imputazione che non poteva poi giustificare.

453. La domanda di nullità di matrimonio, quando il coniuge *attore* soccomba, costituirà l'altro coniuge una ingiuria sufficiente per domandare la separazione?...

Vi sono degli *impedimenti*, puta, il difetto *di età*, la mancanza di *consenso*, la *impotenza* etc. che resi notori mediante una domanda giudiziale non hanno nella pubblica opinione lo stesso valore di altri, come quelli derivanti dall' *incesto*, dalla *bigamia*, dall'*omicidio volontario* etc. — È vero che la domanda di *nullità* attesta la

(22) *Besançon 1. Fev. 1806. Lami — Rennes 13 Fev. 1833. « I. » — Genes 19 Aout 1811. « M. »*
— Duranton. Tom. 2. n.° 551.

(23) *Rouen 13 Maij 1816. Treforet.*
(24) *Angers 3. juin 1813. Caillat.*

poca affezione del coniuge *attore* verso dell'altro, e che la leggo non ha messo nel numero dello cause di separazione la mancanza di affetto: (25) ma fra l'attribuzione di un difetto fisico e la attribuzione di un *delitto* è troppo enorme la differenza per non ravvisare nel fatto della *pubblicità* una ingiuria grave: opiniamo quindi che la domanda di nullità per un impedimento di quest'ultima *specie* può autorizzare la separazione.

Ma anche questa è più questione di fatto che di *diritto*, la cui risoluzione dipenderà molto dalle circostanze, e soprattutto dai mezzi messi in opera per fare riuscire la domanda di nullità.

454. Cosa dovrà dirsi del caso in cui le accuse o le imputazioni oltraggianti si trovino contenute nelle *lettere* scritte da un coniuge all'altro?...

Non vi è dubbio: queste *lettere* possono essere, per se stesse, una causa di separazione, quando dallo medesime si desuma la intenziono di recaro ingiuria al coniuge al quale sono dirette, abbenchè non abbiano avuto veruna pubblicità; ed anche quando si tratti di lettera *unica*, poichè se la moltiplicità dello lettere può aggravare l'oltraggio, non è però punto impossibile cho una lettera sola sia sufficiente a portare la desolazione nel cuore del coniuge (26). D'altronde se le espressioni contumelioso proferite da un coniuge contro l'altro possono formare causa di separazione, non vi sarebbe ragione per non ritenere lo stesso per le espressioni ingiuriose contenute in una lettera. Anzi chi scrive, avendo agio e tempo di riflettere e meditare, dimostra maggiormente l'animo suo di recare ingiuria.

455. Se il marito avesse scritto confidenzialmente delle lettere ad un terzo, puta al padre della moglie, nelle quali si contenessero imputazioni ingiuriose contro la medesima, come quella di adulterio, non potrebbero essere invocate utilmente dalla donna in appoggio della domanda di separazione, si perchè il carattere confidenziale di quelle lettere non rivelerebbe l'animo diretto alla ingiuria, sia perchè una lettera missiva diviene la proprietà della persona alla quale è indirizzata (27).

Ciò non ostante vi è chi opina — che ogni lettera benchè confidenziale, diretta ad un terzo dallo sposo convenuto può essere prodotta dallo sposo attore in qualunque modo ne abbia ottenuto il possesso — che può, se non la possiede, esigerne la produzione dal terzo, o farlo interrogare come testimone sul contenuto della lettera stessa (28).

456. Abbiamo detto che le ingiurie *reali* abbracciano tutti i fatti che racchiudono in se stessi un insulto, un oltraggio, o un segno di disprezzo. — Enumerare tutti, o la maggior parte di questi fatti sarebbe impossibile; ci limiteremo ad indicare i più culminanti.

457. Una delle condizioni del matrimonio si è l'*assistenza* che i coniugi si devono prestare reciprocamente *(Art. 130)*.

Il marito che avendone i mezzi, rifiuta alla moglie le cose necessarie alla vita viola questa condizione, e si rende debitore verso la medesima di una ingiuria grave e tale da ottenere la separazione (29). — Tanto più grave poi sarebbe la ingiuria, se in caso di malattia le rifiutasse, per sola durezza di cuore, le cure, i soccorsi, i rimedi che richiede il suo stato (30).

458. Altra violazione delle condizioni del matrimonio, e che parimente costituisce una *ingiuria grave* si verifica nel

(25) *Duranton Tom. 2. n.° 337.*

(26) *Demolomb. Cours. de Cod. civ. Tom. 4 n.° 393.*

— *Cass. 9. Nov. 1830. Montal.*

— *Poitiers 29 juill 1806. Gaureau*

(27) *« Limoges 17 juin 1824. Totis. « Aix 17 Decemb. 1834. — E. —*

(28) *Demolomb. n.° 394.*

(29) *Duranton Tom. 2. n.° 551.*

(30) *Pothier. n.° 511.*

volontario abbandono di uno dei coniugi *(Art. 150)*.

L'abbandono di una donna per parte del suo marito essendo una infrazione evidente di tutte le sue obbligazioni, porta necessariamente l'abdicazione di tutti i diritti che il matrimonio gli aveva dato sopra di lei; e se per qualche circostanza piacesse al marito di richiamarla presso di se, essa sarebbe ben fondata ad opporgli il suo vile abbandono come una ingiuria che la dispensa a riprendere le sue catene.

Così ugualmente l'abbandono per parte della moglie del domicilio coniugalo, ed il rifiuto reiterato di ritornarvi costituisce una ingiuria grave da motivare la separazione (31).

459. Perchè però vi sia ingiuria occorre che il fatto dell'*abbandono* del coniuge sia tale da manifestare in esso la volontà decisa di vivere separato e di rompere tutti i rapporti o comunicazioni coll'altro coniuge. L'*abbandono*, come dice l'Articolo 150, deve essere *volontario*.

Quindi non vi sarebbe abbandono nel senso della legge se, per incompatibilità di umori, avesse il marito permesso alla donna di eleggersi un domicilio, e di vivere separata da lui. La moglie non potrebbe, in questo caso accusare il marito di averla abbandonata se non se provando che è stata espulsa dalla casa comune, o che ha rifiutato di riceverla, o infine che l'ha abbandonata egli stesso per andare a vivere altrove senza di lei e non ostante i suoi reclami.

Parimente non si potrebbe ravvisare abbandono volontario nel fatto della donna che avesse lasciato la casa maritale sotto la influenza di un perturbamento di animo, e che dopo breve tempo, dimostrando il suo pentimento e confessando l'errore, si fosse dichiarata pronta a tornare nel domicilio coniugalo (32).

460. Abbiamo già annunziato *(n.° 444)* che la comunicazione dolosa della *lue venerea* per parte del marito alla moglie costituisce tale *eccesso* da autorizzare la separazione. Esaminiamo ora se la comunicazione *involontaria* di questa malattia possa produrre gli stessi effetti.

Pothier *(n.° 514)* ritiene che il *mal venereo*, di per se stesso non può servire di fondamento ad una domanda di separazione » *perchè* (sono sue parole) *questo* » *male non è più oggigiorno incurabile, e* » *tutti i chirurghi lo sonno guarire.* » Ma argomentare sulla efficacia dei rimedi non è valutare la natura e la importanza del fatto.

Sia pure che la malattia, considerata in se stessa, non possa formare causa di separazione, come non la formano le altre malattie. Ma non è il fatto che deve prendersi di mira, bensì la causa che lo ha prodotto. E rimontando all'origine cosa troviamo?... — che il coniuge ha violato una condizione del matrimonio la *fedeltà*. — Ora sebbene sia vero che l'adulterio del marito non è causa di separazione, pure questo adulterio assume un carattere aggravante, quando il marito comunica alla moglie innocente il frutto delle proprie dissolutezze. — Si ritenga ugualmente che la *comunicazione* si sia operata *involontariamente* inquantochè il marito non abbia avuto una conoscenza sufficiente del proprio stato. Ma ciò che monta?... Egli doveva prendere le cautele opportune, e questa omissione, questa colpa è quella che somministra al coniuge offeso il diritto di domandare la separazione. Ma poi, la comunicazione di questo morbo fatale, che distrugge le fonti

(31) *Demolomb. n.° 388.*

(32) « *Ideoque per calorem misso repudio,* « *si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.* » *Leg. 3. ff. de divort. et repud.*

— Corte di Casale 14 Marzo 1868 *in causa G. c L.* (*Annal. di G. P. It. 1868. Vol. 2. P. 2. pag. 245*).

della vita, non offre, per se stesso, l'attentato il più affliggente o doloroso per i costumi e per lo famiglie!.... Quale oltraggio più sanguinoso vi può essere per una donna che quello di acquistare la certezza della infedeltà del marito, e per la di lui colpa rimanere contaminata nella salute!.... — Questo considerazioni ci portano necessariamente a concludere, che la comunicazione, benchè *involontaria*, della *lue venerea* può costituire una ingiuria grave ed essere quindi causa di separazione.

461. Tanto maggiormonte grave dovrà poi ritonersi l'*ingiuria* quando la comunicazione abbia luogo per *recidiva*, o che il fatto sia stato reso pubblico (33).

462. Il fatto però del marito di essere stato affetto da mal venereo, anche ripetutamente, senza averlo giammai comunicato alla moglie non può costituire ingiuria gravo, perchè l'adulterio del marito non è causa di separazione se non se nei casi determinati dalla legge (34).

463. Se è la moglie quella che ne è affetta il fatto solo basta per autorizzare la separazione, tanto vi sia stata comunicazione o no, perchè la esistenza della malattia, ove non fosso antecedente al matrimonio, è la prova la più evidente della di lei colpa del di lei adulterio (35).

464. Qualunque altra malattia, fosse pure contagiosa, non potrebbe servire di fondamento ad una domanda di separazione. Il legislatore, infatti, non ha inteso di porre nella classe delle sevizie o delle ingiurie delle infermità accidentali, che si possono rimproverare alla natura, ma che non dipendono giammai dalla nostra volontà. È il caso di compiangere e non di rimproverare l'infortunio di cui uno è vittima, e di avor presente il *detto* di Ulpiano. » *Quid enim tam humanum est,* » *quam fortuitis casibus mulieris maritum,* » *vel uxorem viri participem esse!....* (36)

465. Il cambiamento di religione fatto da uno dei coniugi sarà causa di separazione?

Crediamo che no. — Ammesso, come lo è nel nostro diritto pubblico, il principio della libertà di culto, e di coscienza, il cambiamento di religione per parte di un coniuge, se può contristare l'altro, non è però da considerarsi come un oltraggio e come una ingiuria verso il medesimo, inquantochè in questo fatto non vi è nessuna violazione delle condizioni del matrimonio (37).

Lo stesso sarebbo a dirsi del rifiuto, per parte del padre, di fare battezzare i propri figli. Avremmo certamente un abuso deplorabile della autorità paterna, ma in *generale* non potrebbe costituiro una ingiuria.

466. Cosa sarà a dirsi del marito che, celebrato il matrimonio civile, si rifiuti di celebrare il matrimonio religioso?....

Non vi è ingiuria senza la *intenzione* di colui che la commette, o potrebbe ritenersi che avendo il marito una diversa maniera di vedere da quella della moglie, egli con quel rifiuto non le arreca verun oltraggio. Però è fuor di dubbio cho lo sposo che si rifiuta di celebrare il matrimonio religioso ferisce profondamente l'altro sposo nei suoi sentimenti, nelle sue convinzioni, e che quando la celebrazione religiosa è stata promessa, e l'altro vi ha contato, il rifiuto è una mancanza di fede che può costituire una ingiuria grave, perchè questo coniuge vuole forzare l'altro a vivere in uno stato che, ai suoi occhi, non sarebbe che un concubinato (38).

(33) *Paris 9 Mars 1838. (Tom. 1. 1838 pag. 392)* — *S.* —
— *Caen 9. Mars 1840. (Tom. 1. 1841. pag. 284).* — *S.* —

(34) *Nîmes 11 Mars 1842. (Tom. 1842. pag. 750).* — *Sig.* —

(35) *Massol — De la separation de corps. pag. 18 n.° 8.*

(36) *Leg. 22. § 7. ff. solut matrim.*

(37) *Duranton. Tom. 2. n.° 532.*
— *Demolomb. n.° 390.*

(38) *Demolomb. n.° 390.*

467. Se il marito scopra, dopo il matrimonio che la moglie era antecedentemente incinta, potrà domandare la separazione?

Si certamente. Vi è, per parte della donna, tale inganno ed abuso di fiducia verso il marito da costituire una ingiuria grave; e benchè il fatto sia anteriore, certo è che la ingiuria è contemporanea al matrimonio, si è consumata col matrimonio, e si è prolungata anche dopo (39).

468. A norma dell'*Articolo* 150 l'adulterio del marito non è causa di separazione se non mantiene la concubina nella propria casa o notoriamente in altro luogo. Finchè il marito soddisfa altrove ed in segreto una passione o un capriccio non si rende colpevole che di infedeltà. Quanto più la sua condotta sarà stata circospetta e misteriosa, tanto più avrà avuto per la moglie i riguardi che le doveva. Ma quando dimentico di tutto, e non contento di essere infedele si leva la maschera, e senza rispetto nè per il pubblico ne per la moglie fa pompa della propria dissolutezza, si abbandona ad una vita licenziosa e libertina, le infedeltà assumono allora il carattere di insulti e di oltraggi, e possono costituire una ingiuria grave per la moglie da autorizzarla a domandare la separazione (40).

469. Le *minacce* che il rammentato *Articolo* 150 pone fra le cause di separazione non si risolvono in sostanza che in una *ingiuria*.

Se le minacce di un marito di attentare ai giorni di sua moglie possono essere considerate come dei propositi irreflessivi o fatti nell'impeto dello sdegno senza seria intenzione, non sarebbero certamente sufficienti ad autorizzare la separazione. Ma se invece si trattasse di un uomo il cui carattere, e gli antecedenti lo segnalassero come capace di consumare l'attentato del quale ha minacciato la moglie, e che le circostanze rivelassero come egli non ha per essa che sentimenti di odio o di disprezzo, i tribunali non potrebbero abbandonare la donna alla mercè di quest'uomo, e dovrebbero accogliere la domanda di separazione.

(39) *Id. n.° 392.*

(40) *Bordeaux 19. Mai 1828. Dufourg.*

ARTICOLO TERZO

Condanna di uno dei coniugi ad una pena criminale — Mancanza per parte del marito di una residenza fissa, o conveniente.

470. Il coniuge onesto o innocente non deve essere condannato a dividere l'avvilimento dello sposo colpevole e disonorato. Onde è che l'*Articolo* 151 prescrive che « *la separazione si può eziandio domandare contro il coniuge che sia stato condannato ad una pena criminale* » (41).

471. Per ammettere l'azione in separazione bisogna che vi sia condanna a pena *criminale*. — Poco importa il titolo del *reato* se *comune*, *politico* o *militare*, poichè in alcuni casi può succedere che un coniuge abbia opinioni politiche diverse dall'altro coniuge, e possa perciò trovare incomportabile la vita comune col medesimo, quando è stato condannato per reato *politico* contro l'ordine di cose per cui egli ha le sue simpatie, o le sue convinzioni (42).

Non basta però che la condanna sia stata pronunziata; ma occorre che la sentenza non sia più suscettibile di essere riformata per qualunque via legale; in altri termini, bisogna che abbia acquistato la forza di *cosa giudicata*. — Così allorchè la sentenza è stata pronunziata in contradittorio, la domanda di separazione non può essere intentata che dopo la de-

(41) Secondo il Codice penale Italiano (*Art. 13*) le pene *criminali* sono — la morte — i lavori forzati a vita — i lavori forzati a tempo — la reclusione — la relegazione — la interdizione dai pubblici uffizj. —

(42) *Process. verbal. della Commiss. coord. del Cod. civ. pag. 115.*

correnza dei termini stabiliti dalla legge per avanzare *reclamo* contro la medesima. — Così parimente se fosse stata pronunziata in *contumacia*, non potrebbe promuoversi l'azione in separazione finchè la sentenza, per la decorrenza dei termini, non fosse divenuta irretrattabile (43).

472. La condanna di uno dei coniugi intanto è causa di separazione in quanto sia intervenuta durante il matrimonio. Pronunziata antecedentemente non può avere questo effetto altro che nel caso che l'altro coniuge l'abbia ignorata. — È questa la *eccezione* che si contiene nel detto *Articolo* 151 » *tranne il caso, che la » sentenza sia anteriore al matrimonio, e » l'altro coniuge ne fosse inconsapevole.* » — E rettamente si è così stabilito, adottandosi in proposito la opinione degli *interpreti* del codice Napoleone *(art.* 232*)* (44). Infatti se il coniuge fu nella opinione di contrarre matrimonio con una persona onesta, egli non deve sopportare la pena del suo errore, della sua buona fede. Ma se, conoscendo gli antecedenti della persona alla quale si è unito, volontariamente si è associato al disonore della medesima la legge non può ne deve venire in di lui soccorso.

473. La *riabilitazione* del condannato per ultimazione della pena, per *grazia indulto*, o *amnistia* farà cessare gli effetti della condanna in quanto riguarda il diritto del coniuge a domandare la separazione ?....

No certamente. — Dal momento, che la condanna è divenuta irretrattabile sorge a favore del coniuge il diritto di domandare la separazione, poichè non la pena, ma il marchio del disonore da cui viene colpito il condannato, e che moralmente refluisce sull'altro coniuge, è quello che radica questo diritto. Infatti l'*Art.* 836 del Codice di Procedura penale dispone » *la riabilitazione farà cessare per l'avve- » nire nella persona del condannato tutte » le incapacità risultanti dalla condanna.* » Dunque, e la conseguenza è logica, la *riabilitazione* lascia sussistere i diritti acquisiti dai terzi in forza della condanna, tra i quali è quello competente al coniuge di domandare la separazione.

(43) *Demolomb. n.° 397.*

(44) *Duranton Tom. 2. n.° 561. 562.*

---

474. Abbiamo detto *(n.°* 408*)* che il marito ha l'obbligo di *fissare* una residenza e di fissarla in modo conveniente alla propria condizione. L'inadempimento di questa obbligazione fa nascere a favore della moglie il diritto di domandare la separazione personale. — Ecco ciò che stabilisce l'*Art.* 152. » *La moglie può chie- » dere la separazione quando il marito, » senza alcun giusto motivo non fissi una » residenza, od avendone i mezzi ricusi di » fissarla in modo conveniente alla sua con- » dizione.* »

Non ripeteremo qui le cose già esposte; aggiungeremo soltanto, che questa facoltà accordata alla moglie non è un diritto *sovversivo*, come fu qualificato da taluno, (45) ma bensì un diritto che è fondato sull'ordine pubblico, inquantochè è nell'interesse sociale che ogni cittadino abbia un domicilio fisso, ed è anche un freno all'abuso della autorità maritale. Infatti se la donna è obbligata di seguire il marito ovunque a questi piaccia fissare la propria residenza, una *residenza* bisogna vi sia, e che questa sia conveniente alla di lui condizione. L'inadempimento però di questo obbligo deve dipendere esclusivamente dalla volontà del marito, come appunto dichiara l'Articolo 152 — che senza giusto motivo non fissi una residenza — o che avendone i mezzi non la fissi in modo conveniente.

(45) Vedi — *Discuss. fatte alla Camera dei Deputati per l'unificaz. legislativ.* (*Tornata del 10 Febbrajo 1865*).

ARTICOLO QUARTO

Mutuo consenso dei coniugi

475. Oltre le cause espressamente indicate il nostro Codice ammette ancora come causa di separazione il *consenso reciproco* dei coniugi.

Il legislatore ha avuto certamente in mira di coprire sotto il velo di una causa *indeterminata*, quale si è il *reciproco consenso*, i motivi veri e reali che rendono impossibile la continuazione della vita comune, ma che d'altronde l'interesse dei costumi e della famiglia non permettono di divulgare.

Questo concetto, comunque non troppo chiaramente espresso emerge però dall'*Articolo* 158 » ivi » *La separazione pel » solo consenso dei coniugi non può aver » luogo senza la omologazione del tribuna- » le*, » lo che è quanto dire, che il *consenso reciproco* può essere causa di separazione purchè abbia a suo fondamento motivi giusti e ragionevoli da riconoscersi dalla autorità giudiziaria.

476. Se si ammettesse che il solo consenso formasse di per se causa sufficiente di separazione, molti coniugi, allettati dalle attrattive di una vita indipendente, si troverebbero facilmente d'accordo per esimersi dagli oneri del matrimonio. Ma ciò porterebbe alla *licenza*, e potrebbe essere ancora un mezzo di frode a danno dei creditori. — Non è però così: la legge esige la omologazione del Tribunale per evitare appunto questo pericolo, ed anche perchè dei meri capricci, dei disgusti passeggieri, o la troppa frequentemente dedotta *incompatibilità* di umori non siano il pretesto di una separazione.

477. Nè si creda che la *omologazione* si riduca ad una semplice formalità inquanto non sia che la semplice sanzione o la *formula esecutiva* di ciò che è stato convenuto tra le parti. — Il tribunale non può accordare la omologazione senza conoscere i veri motivi che spingono i coniugi a separarsi, e senza apprezzarne il loro giusto valore: esso compie lo stesso ufficio che nelle separazioni per *causa determinata*, con questa differenza, che nelle primo si osservano le forme di un vero e proprio giudizio, mentre nelle separazioni per *mutuo consenso* si segue un procedimento speciale, che niente toglie alla giuridica apprezzazione dei fatti, ma cho ha per scopo, come già abbiamo detto, di non rendere pubblici o notori dei motivi che, nell'interesse dei costumi e della famiglia, meglio è che rimangano nascosti sotto il velo del *reciproco consenso*.

E che ciò sia, rilevasi chiaramente dalle disposizioni relative del Codice di procedura civile colle quali viene prescritto — che i coniugi devono presentarsi in *conciliazione* davanti il Presidente — cho, come nelle separazioni per causa *determinata*, deve redigersi processo verbale, dal quale resulti il consenso dato dai coniugi per la separazione, e le condizioni cui viene subordinata tanto rapporto a loro, quanto relativamente alla prole — che il Presidente deve fare la relazione dell'*affare* al Tribunale riunito in camera di consiglio *(Art.* 811*)*.

ARTICOLO QUINTO

Inammissibilità delle domande di separazione

478. Benchè esista una causa sufficiente per pronunziare la separazione, possono però sopravvenire tali fatti da dimostrare chiaramente che il coniuge offeso, perdonando la ingiuria, ha renunziato all'esperimento dei propri diritti. Ove ciò si verifichi, se il coniuge pentito della propria indulgenza intenda far rivivere l'azione che gli competeva, la leggo allora nell'interesse della morale, nell'interesse della quiete delle famiglie, gli oppone una barriera insormontabile dichiarando inammissibili le suo domande.

479. Fra le eccezioni di inammissibilità

della domanda di separazione la più efficace è la *riconciliazione* dei coniugi. (*Articolo* 53).

Non è necessario che sia *espressa;* essa può essere anche *tacita* o *presunta.* La prova però dei fatti dai quali il coniuge convenuto intende desumerla è a suo carico, poichè invocando una eccezione ha, come in tutte le eccezioni, l'obbligo di giustificarla. E poichè l'*Articolo* 153 non ha definito i caratteri costitutivi della riconciliazione, indubitatamente si è riportato, per la loro apprezzazione, ai lumi e alla coscienza dei Giudici.

480. La riconciliazione avvenuta tra i coniugi o anteriormente o posteriormente alla introduzione della domanda produce i medesimi effetti, la estinzione cioè della *azione* in separazione. È ciò che chiaramente ha stabilito il detto *Articolo* 153. « *La riconciliazione estingue il diritto di* » *chiedere la separazione; essa induce pure* » *l'abbandono della domanda che fosse stata* » *presentata.* »

481. Non vi è veruna difficoltà quando si tratta di riconciliazione *espressa.* Ma allorchè dai fatti sopravvenuti, o posti in essere dal coniuge offeso deve desumersi la di lui volontà presunta, è allora che incombe ai Magistrati lo esaminare e valutare la indole e natura di questi fatti onde decidere se siano tali da concludere o no la prova della dedotta riconciliazione.

482. È impossibile stabilire delle norme precise. — Tutto dipende dalle circostanze, ed anche qui, come nella valutazione delle cause di separazione, non possono che segnalarsi dei fatti che più comunemente sogliono verificarsi onde desumere dai medesimi un criterio per la risoluzione dei casi contingibili.

483. Il silenzio del coniuge offeso per un lungo lasso di tempo potrebbe considerarsi come una remissione della ingiuria, e quindi como una tacita riconciliazione ?....

Questa questione non è nuova; essa è stata agitata tra gli Scrittori Francesi e Toullier (46) ritiene, che se i cattivi trattamenti o la mala condotta avessero continuato, il silenzio dello sposo offeso non sarebbe operativo di effetto veruno; ma se, all'incontro, queste cause di separazione fossero intieramente cessate ed il silenzio dell'offeso si fosse prolungato per un anno, dovrebbero i Tribunali estendere a questo caso la eccezione di inammissibilità stabilita dall'*Art.* 957 del Codice Napoleone contro la revoca delle donazioni per causa di ingratitudine.

Anche il Codice nostro (*Art.* 1082) ammette che la domanda di revoca per ingratitudine deve essere proposta entro l'anno dal giorno del fatto cho vi da luogo, o dal giorno in cui il donante ha potuto averne notizia. E deve anche ammettersi la analogia grandissima che passa tra le cause di *ingratitudine* e quelle di *separazione.* Ciò non ostante, pare a noi, che il *silenzio* del coniuge offeso non possa avere, di per se, la efficacia di far ritenere la remissione della ingiuria e la conseguente riconciliazione.

Gli *articoli* 150 e 153 del nostro Codice si limitano a stabilire — che la separazione può essere domandata per causa di adulterio etc. — cho la riconciliazione estingue il diritto di chiedere la separazione; ma in tali *Articoli* non si allude, neppure lontanamente ad un termine dentro il quale debba essere proposta l'azione in separazione. Anzi, se si vuole trarre un argomento dal caso espresso al caso taciuto, si può ben dire, che se il Legislatore avesse inteso fissare un termine all'utile esercizio della azione in separazione lo avrebbe espressamente dichiarato e stabilito, siccome lo ha dichiarato e stabilito per la revoca delle donazioni a causa di ingratitudine. — D' altronde quando all'esercizio di una azione non è prescritto un termine dove ritenersi che possa sempre utilmente esercitarsi fino a

(46) *Le droit civil. Liv. 1. tit. 6. n.*° *761 762.*

che non si verifichi la *prescrizione*, che nel caso, trattandosi di azione personale, sarebbe quella di trent'anni *(Art. 2135)*.

484. Un fatto che ha un valore di gran lunga maggiore di quello non l'abbia il silenzio del coniuge offeso, si è la *coabitazione*. Il coniuge il quale, cessato il fatto o fatti costitutivi la causa di separazione, continua ad abitare coll'altro coniuge fa presumere, e con fondamento, che la *vita comune* non gli sia divenuta insopportabile, e che sia avvenuta tra essi la riconciliazione.

Configurate il caso che il marito sorprenda la moglie in flagrante infedeltà, e che ciò non ostante continui ad abitare con lei per lungo tempo. Ma questo fatto non può apprendersi se non se per un perdono della offesa, per una riconciliazione.

Così ugualmente se la moglie avesse continuato ad abitare col marito dopo l'allontanamento della concubina, e fosse, per un certo tempo, mancato ogni elemento di adulterio, questo fatto della continuazione della coabitazione somministrerebbe un argomento validissimo in favore della avvenuta riconciliazione (47).

485. Tanto maggior valore poi acquisterebbe il fatto della coabitazione, e potrebbe anche ritenersi bastantemente stabilita la prova della *riconciliazione*, se fossero nati dei figli, e specialmente se questa nascita avesse luogo durante il giudizio di separazione (48). — Parimente se in un *atto* passato tra i coniugi, avessero essi stipulato che prenderebbero tutte le disposizioni necessarie per cambiare di luogo e di abitazione affine di andare insieme a stabilirsi altrove (49).

486. Ma non potrebbe darsi una uguale valutazione ad una *intimazione* che il marito facesse alla moglie di rientrare nel domicilio coniugale. Questo fatto, che non è altro che l'esercizio di un diritto inerente alla autorità maritale, non potrebbe considerarsi come un tacita riconciliazione all'effetto di impedire al marito stesso di avanzare domanda di separazione per un adulterio anteriore all'atto di intimazione (50).

487. La riconciliazione estingue il diritto di chiedere la separazione per i fatti anteriori, non lo toglie però per i fatti sopravvenuti.

Il coniuge può intentare una nuova domanda se l'altro, dopo l'avvenuta riconciliazione si è abbandonato verso del medesimo a nuovi eccessi, a nuove sevizie, a nuove ingiurie (51). — Ma ciò non basta. Ognora che il coniuge colpevole si abbandona a nuovi *mali trattamenti* contro il coniuge già offeso rivela tale perversità di animo, tale incorreggibilità da rendersi immeritevole di profittare ulteriormente del perdono che gli era stato concesso. È egli che distrugge gli effetti della riconciliazione, e tolta questa non si ha che una continuazione di oltraggi. È giusto pertanto che il coniuge offeso, possa aggiungere alle antiche le recenti ingiurie, ancorchè queste ultime non fossero di tal gravità da portare, per loro stesse, ad ottenere la separazione; (52) bastando all'uopo che rientrino tra quello ammesse dalla legge, e che dimostrino come vi è continuazione di oltraggi, e di mali trattamenti per modo che l'abitazione comune non è più possibile, e che non vi è più speranza di riavvicinamento tra loro (53).

(47) *Besançon 24 Nov. 1807. Martinet.*

(48) *Nimes 14 Mars 1842. (Tom. 1. 1842. pag. 750). — Sag. —*

(49) *Grenoble 23 Aout 1822. Laurent.*

(50) *Paris 11. Aout 1843. (Tom. 2. 1843. pag. 804). — Doin. —*

(51) *Bordeaux 18. Mars 1830. Cazaban.*

(52) *Toulouse 30 janv. 1821. — N. — Cassat. 7. Mars. 1838. (Tom. 1838. pag. 350). — Titon. —*

— Demolomb. n.° 423.

(53) *Nimes 14. Mars 1842. (Tom. 1. 1842. pag. 750). — Sag. —*

— Cass. 7. Mars 1838. (Tom. 1 1838. pag. 350).

488. La reciprocità dei *torti* formerà eccezione di *inammissibilità* contro la domanda di separazione avanzata da uno dei coniugi?....

Esaminiamo questa questione di fronte a ciascuna delle *cause* determinate dalla legge.

489. La moglie colpevole di adulterio potrà ottenere la separazione per il concubinato del marito; oppure il marito potrà opporsi alla separazione allegando e provando l'adulterio della moglie?

Vi sono alcuni che sostengono come la reciprocità dei torti deve, per regola generale, produrre una eccezione di *inammissibilità*, specialmente quando sono della stessa natura (54).

Altri insegnano il contrario sostenendo, che il coniuge contro del quale è provocata la separazione per causa di adulterio, non può opporre, come eccezione, l'adulterio dell'altro (55).

Se la questione dovesse risolversi di fronte alle leggi *penali* si dovrebbe necessariamente rispondere per l'affermativa, perchè il coniuge non è ammesso a querelare l'altro per violazione della fede coniugale se egli ugualmente l'abbia violata (56).

Ma tale risoluzione non potrebbe ammettersi di fronte alla lettera e allo spirito dell'*Articolo* 150 del nostro Codice. — Dice questo Articolo, che la separazione può essere domandata per causa di adulterio o di volontario abbandono, e per causa di eccessi, sevizie, ed ingiurie gravi. Questa disposizione generale ed indefinita includo necessariamente il diritto reciproco di domandare la separazione, poichè non è un privilegio dell'uno piuttostochè dell'altro coniuge, ma è comune ad ambidue. Quando si è voluto accordare questa facoltà ad uno dei coniugi soltanto la Legge lo ha dichiarato espressamente come nell'*Articolo* 152 col quale si concede alla moglie il diritto di domandare la separazione quando il marito non fissi una residenza, o non la fissi conveniente alla sua condizione. Ora ritenendo la *inammissibilità* della *azione* in separazione per la reciprocità della *ingiuria*, si verrebbe a modificare la Legge per una *eccezione* che non vi è stata inserita.

Ma poi cosa ne avverrebbe di un giudicato che ammettesse una tale eccezione, per esempio, a riguardo della moglie, colpevole alla sua volta di adulterio, ed attrice nel giudizio di separazione per il concubinato del marito?... Si deciderebbe, che se il marito provasse i *torti* della moglie, egli avrebbe la impunità per i suoi; che egli potrebbe costringere questa sciagurata ad abitare con lui per essere testimone delle sue turpitudini; che continuando a godere di tutta la sua fortuna egli avrebbe la facoltà di farle mangiare il pane del dolore, o di forzarla ad andare altrove a morire di miseria.

490. La *provocazione* sofferta per parte di un coniuge formerà eccezione di inammissibilità della *azione in separazione* avanzata dall'altro per eccessi, sevizie, e ingiurie gravi?....

Noi non lo crediamo. — La eccezione di inammissibilità come non trova appoggio nella legge pel caso di adulterio, non lo può ugualmente trovare pel caso di *eccessi, sevizie, e ingiurie gravi*. — Ammettiamo però che la provocazione possa attenuare, ed anche dirimere la gravità del fatto in quanto coincida cogli oltraggi, e le sevizie.

491. Una causa di *provocazione* che potrebbe scusare il marito per gli eccessi e sevizie ai quali si è abbandonato con-

(54) *Duranton. Tom. 2. num. 574.*
— *Massol. De la separation de corps. pag. 57. num. 14.*

(55) *Zachariae Tom. 3. pag. 364.*

(56) Il Codice penale Italiano (*art. 484*) dispone che il marito perde la facoltà di querelare la moglie per adulterio se egli sia colpevole di concubinato.

Il Codice penale Toscano (*art. 291 292*) stabilisce che il marito e la moglie non possono querelarsi di adulterio se l'uno e l'altra siano colpevoli di tal delitto.

tro la moglie, sarebbe l'adulterio della medesima. Come si potrebbe ascoltare una donna impudente domandare la separazione, quando ella viene in giudizio all'appoggio di testimoni che depongono nel tempo stesso e del di lei delitto e del gastigo domestico che l'ha soguito? La ragione d'accordo collo spirito della Legge non possono ravvisare negli oltraggi e nelle vie di fatto, a cui si è lasciato trasportare un marito giustamente irritato, quella gravità che presenterebbero in altre circostanze.

492. Fra i casi innumerevoli di *provocazione* che si possono configurare noteremo, che la *mala condotta* della moglie e le sue *sregolatezze* possano scusare il contegno che il marito abbia tenuto verso di lei (57).

Per altro una *condotta* semplicemente imprudente ma non criminosa non potrebbe scusare il marito per gli eccessi e sevizie a cui si fosse abbandonato, ed in questo caso la separazione dovrebbe essere pronunziata (58).

Ripeteremo anche una volta, che tutto dipende dalle circostanze, e spetta ai Giudici di apprezzare il carattere e la gravità dei fatti dai quali si pretende fare resultare la *scusa* o la *provocazione*.

493. Avvertiremo per ultimo che, essendo il diritto di domandare la separazione comune ad ambidue i coniugi, il coniuge convenuto può anche chiederla *riconvenzionalmente* (59).

CAPITOLO SECONDO

Dei giudizj di separazione personale

SOMMARIO

494. La separazione personale non può essere pronunziata che colle forme stabilite dalla legge.
495. 496. Domanda di separazione.
497. Se possa intentarla il coniuge minore senza il consenso di chi lo rappresenta.
498. Avanti qual Tribunale debba intentarsi.
499. Decreto di comparizione delle parti.
500. Le parti devono comparire personalmente davanti il presidente — Ragione di questa disposizione.
501. Effetti del ricorso e della comparizione.
502. Facoltà coercitive accordate al presidente.
503. Se nella impossibilità di uno dei coniugi di presentarsi personalmente debba il Presidente trasferirsi al di lui domicilio per riceverne le dichiarazioni.
504. Rimostranze da farsi ai coniugi.
505. Riuscita la riconciliazione, deve il presidente redigerne processo-verbale. — Altrimenti deve rinviare le parti avanti il tribunale.
506. Se possa soprasedersi alla emanazione del decreto di rinvio.
507. Procedimento nel caso di separazione volontaria.
508. 509. Istruzione delle prove.
510. 511. Articolazione dei fatti.
512. 513. 514. Possono essere sentiti come testimoni i parenti, e gli affini — ragione della disposizione.
515. Sentenza.
516. Su quali fatti possano i giudici formare la loro convinzione.
516. bis. Le udienze della autorità giudiziaria sono pubbliche — eccezioni.
517. Conclusioni del pubblico Ministero.
518. Condanna nelle spese — compensazione.
519. Se possa ordinarsi la esecuzione provvisoria della sentenza.
520. Mezzi coi quali si può impugnare.
521. 522. Misure provvisorie pendente il giudizio — limite dei poteri accordati in proposito al presidente.
523. 524. Assegnazione di un domicilio provvisorio alla moglie.
525. Se il potere del presidente possa estendersi fino al punto di espellere il marito dal domicilio coniugale.
526. Somministrazioni alimentarie.
527. 528. 529. 530. 531. Custodia dei figli.

494. La separazione personale dispensando dalla vita comune imposta dal matrimonio non può essere pronunziata che nei casi e colle forme stabilite dalla legge.

Abbiamo veduto quando può essere autorizzata la separazione; dobbiamo ora

(57) *Bruxelles 15 Juillet. 1807. Franquain. — Paris 13 Mars 1841 (Tom. 1. 1841 pag. 411) Fournier.*

(58) *Rennes 21 Aout 1823. Williams.*

(59) *Rennes 26. janv. 1847. (Tom. 1. 1847. pag. 441) — Villeroy.*

esaminarne il procedimento tanto perciò che riguarda il *rito*, quanto per quello che concerne le misure provvisorie che siano reclamate nel corso del giudizio.

ARTICOLO PRIMO

Forme speciali di procedimento

§ 1.°

Domanda

495. Allorchè si parla di domanda *giudiziale* la prima ricerca che si presenta alla mente si è di sapere da chi od avanti qual tribunale possa essere intentata.

496. Le cause di *separazione* devono intentarsi davanti ai tribunali; esse non possono, come le altre formar subietto di *compromesso* (60), ne essere abbandonate alla libera volontà delle parti. Il matrimonio non riguarda esclusivamente l'interesse dei coniugi, ma riguarda ancora l'interesse sociale perchè forma un legame tra due famiglie, e ne crea una di nuovo che può diventare lo stipite di molte altre.

497. L'*articolo* 806 del Codice di procedura civile stabilisce che » *il coniuge » che vuole domandare la separazione per» sonale deve esibire alla cancelleria del tri» bunale competente il suo ricorso espri» mendo i fatti, che possono darvi luogo, coi » documenti giustificativi.* »

La legge parla in genere di *coniuge*. Ma colui che è costituito in età minore potrà intentare l'azione in *separazione* senza il consenso di chi lo rappresenta?... — È certo che il minore è di diritto emancipato col matrimonio (*Art.* 310 *Cod. civ.*) ma è certo ugualmente che egli non può stare in giudizio sia come attore sia come convenuto senza l'assistenza di un curatore (*Art.* 318). Dunque potrebbe conchiudersi che il coniuge minore di età non può stare in giudizio per l'azione in *separazione* senza l'autorizzazione di chi lo rappresenta. La conseguenza è logica, non vi è dubbio, ma, per quanto a noi pare, non è applicabile al caso. — La disposizione dell'*articolo* 318 contempla l'esercizio di *diritti patrimoniali*, non già l'esercizio di diritti di natura affatto diversa quali sono quelli che derivano dallo *stato* e dalla capacità della persona. Di fatti se i minori degli anni ventuno possono celebrare il matrimonio senza l'assistenza all'*atto* di un curatore, non vi sarebbe ragione di richiedere questa assistenza quando se ne vuole domandare lo scioglimento, poichè conferita la capacità per contrarlo deve intendersi conferita anche per le sue conseguenze » *habilis ad nup» tias habilis ad consequentias.* »

498. Dispone il rammentato *Articolo* 806, che il *ricorso* deve esibirsi alla cancelleria del tribunale *competente*, vale a dire, alla cancelleria del tribunale del domicilio del marito, che è anche quello della moglie, perchè fino a separazione pronunziata essa non ne può avere altri (61).

499. Al ricorso fa seguito un decreto del Presidente col quale si ordina alle parti di comparire avanti il medesimo in un giorno determinato. — Copia del ricorso e del decreto è notificata dall'altra parte nei modi prescritti per la citazione dentro il termine che ugualmente viene stabilito nel decreto stesso (*Art.* 806 1.° *cap. Cod. di proc. civ.*)

L'ufficio del Presidente si limita ad ordinare la comparizione delle Parti, ed a stabilire il giorno in cui deve aver luogo. — Egli non potrebbe respingere, senz'altro il *ricorso* inquantochè credesse non espressi sufficientemente i motivi, o perchè non corredato dei documenti giustifi-

(60) *Cod. di proc. civ. artic.* 8. « *Non si « possono compromettere le quistioni di stato, « di separazione tra i coniugi, e le altre che « non possono essere transatte.* »

(61) *Toullier Tom* 2. *n.°* 765. *Cass. 17 juill. 1823. Lavie.*

cativi. Sarebbe questa una apprezzazione attinente al merito e che la legge riserva esclusivamente al tribunale.

Nel fissare il giorno della comparizione dovrà il Presidente tener dietro alle norme stabilite dall'*articolo* 147 del Codice di Procedura in materia di *termini*?... Noi non lo crediamo, e bisogna, a questo riguardo, riportarsi intieramente alla sua discrezione e alla sua saviezza.

§ 2.°

Comparizione delle Parti davanti il Presidente — Decreto di rinvio

500. Giunto il giorno stabilito dal Presidente, le parti devono comparire avanti il medesimo personalmente, senza essere assistiti da procuratori o da consulenti (*Art.* 807 *Cod. di Proc.*)

Lo scopo che si è proposto il legislatore proscrivendo la comparizione *in persona* è stato quello di tentare per mezzo di un Magistrato, un riavvicinamento, una riconciliazione. Di fatti alla presenza di una persona autorevole può ben darsi che i coniugi giungano ad intendersi, che le spiegazioni date e ricevute possano, se non togliere, attenuare d'assai la causa o cause per cui è stata domandata la separazione. Ma col mezzo di un mandatario, o alla presenza di altre persone difficilmente si raggiungerebbe lo scopo. Accadono fatti tali nelle pareti domestiche che si possono confidare ad una persona rivestita di pubblica autorità, perchè si è certi che la legge ne tutela il segreto con sanzioni penali, ma che non potrebbero rivelarsi ad altri senza compromettere la propria dignità, e il decoro della famiglia.

501. La domanda seguita dal decreto di comparizione, e dalla comparsa effettiva dei coniugi avanti del presidente non costituisce già un esperimento di conciliazione nel senso dell'*articolo* 1 *e successivi* del Codice di procedura civile, ma bensì un esperimento che è la parte preliminare di un vero e proprio giudizio; che non è rimesso alla volontà delle parti come negli altri affari, ma richiesto e voluto dalla legge; e che investe di *giurisdizione* i giudici autorizzandoli a pronunziare sopra la domanda di separazione. Ne deriva quindi che il cambiamento di domicilio operatosi dal marito, perdurante questo stadio preliminare del giudizio, non porta variazione nei rapporti della *competenza* già stabilita (62).

502. Sono conseguenza dell'enunciato principio le facoltà *coercitive* attribuite al Presidente dall'*Articolo* 807, pel caso che le parti non obtemperino all'ordine di comparizione.

Se è il coniuge *attore* quello che non si presenta, la domanda di separazione non ha effetto, poichè la di lui non comparsa deve essere considerata come l'abbandono e la desistenza dell'*azione* che aveva intentata. Ma non basta: deve essere condannato inoltre nelle spese a favoro dell'altra parte che sia comparsa, essendo ciò una conseguenza logica della *renunzia* che deve presumersi pel fatto della mancata comparizione (63).

Se è la parte *convenuta* quella che non comparisce dispone il detto *Articolo* 807, che « *il presidente può condannarla a pena pecuniaria non maggiore di lire cento, e ordinare altresì che sia nuovamente citata.* » Dal che ben si rileva che tanto la condanna, quanto la nuova citazione sono rimesse esclusivamente al potere discrezionale del Presidente, il quale, per regola, nella non comparsa del coniuge convenuto è autorizzato espressamente dalla legge e rinviare le parti avanti il Tribunale, (*Cod. di proc. civ. art.* 808 2.° *capov.*) e ciò per la ragione che non dipende dal convenuto l'arrestare le domande delle quali è l'oggetto.

Quando per altro la parte, attrice o

(62) *Cass. 27 juill 1823 Lavie — Paris 7 Aout 1823. Bechead.*

(63) *Arg. art. 315. Cod. di Proc. civ.*

convenuta che sia, giustifichi un impedimento legittimo a comparire, il Presidente dovrà soprasedere, stabilire un altro giorno per la comparizione dei coniugi, o revocare la condanna tanto riguardo alle spese, quanto riguardo alla pena pecuniaria, ove sia stata pronunziata *(Dett. art.* 807 2.° *capov.)*

503. Ma se uno dei coniugi fosse affetto da tal malattia che lo impedisse assolutamente, o per lungo tempo, di presentarsi personalmente davanti il Presidente, dovrà questo Magistrato trasferirsi al di lui domicilio per sentirlo, o fare quindi ad esso e all'altro coniuge le *rimostranze* richieste dalla Legge?...

In fatto di esecuzione di prove egli è certo che quando la parte, il testimone, o il perito, chiamati a presentarsi davanti l'autorità giudiziaria per rispondere ad un interrogatorio, per prestare un giuramento, o per deporre, giustifichino la impossibilità di presentarsi nel giorno assegnato, il presidente, o il giudice delegato stabilisce un altro giorno, o si trasferisce alla abitazione della parte, del testimone, o del perito per riceverne le dichiarazioni *(Cod. di proc. civ. art.* 215*)*.

La conciliazione davanti il Presidente non è che la parte preliminare della istruttoria del giudizio perchè anche le dichiarazioni fatte dai coniugi possono somministrare, per i Giudici, elemento di prova e di convinzione. Ora non vi sarebbe ragione per escludere in questo primo stadio del giudizio un temperamento che è autorizzato in qualunque altra esecuzione di prova, con danno manifesto delle parti, e segnatamente di quella, che per cause indipendenti dalla sua volontà non può adempire alle prescrizioni della legge. Riteniamo pertanto che, nella impotenza assoluta della parte a presentarsi davanti il Presidente debba questi trasferirsi al di lei domicilio per riceverne le dichiarazioni, e fare tutto quello e quanto è richiesto in proposito.

504. Presentatisi i coniugi davanti il Presidente, egli deve, anzi tutto, sentirli separatamente l'uno dall'altro, quindi fare ad ambidue le rimostranze che creda atte a riconciliarli *(Detto art.* 808*)*.

Grave missione, più di quello che non si crede, è attribuita a questo Magistrato. Egli compie un incarico più paterno che giudiziario, e colla sua sagacia, colla sua prudenza, col frutto della sua esperienza può essere il genio benefico che ridoni la pace ad una famiglia, e tolga alla società lo spettacolo doloroso che sempre presentano i giudizj di separazione.

505. Se i consigli e le rimostranze del Presidente hanno un felice successo, egli deve fare risultare da *processo-verbale* l'avvenuta riconciliazione. Questo *verbale* deve contenere l'indicazione dell'anno, del mese, del giorno, il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei coniugi, la data del decreto che ordinò la comparizione dei medesimi, le sottoscrizioni dei coniugi, del presidente, e del cancelliere *(detto art.* 808 1.° *capoverso.)*

Quando poi il Presidente riconosca che i suoi sforzi sono impotenti, esso allora emana un secondo decreto, per il quale, non avendo potuto conciliare le parti, le rinvia davanti il tribunale *(dett. art.* 808 2.° *capov.)*

506. Non si deve credere per altro che sia impedito a questo Magistrato di soprasedere alla emanazione del *decreto di rinvio*. L'*articolo* 808 non prescrive già che nel giorno stesso della comparizione debba essere proferito il decreto, e solo dispone « *se la riconciliazione non riesca....* « *il presidente rimette con decreto le parti* « *al tribunale.* » — Molte volte la calma e la riflessione potendo fare apprendere al coniuge reluttante convenienti e giusto le rimostranze ed i consigli ricevuti un nuovo tentativo può essere coronato da felice successo. D'altronde l'obbligo di emanare il *decreto di rinvio* non limita nel

Presidente il di lui potere di conciliatore (64).

507. Nel caso di separazione volontaria il procedimento è uguale, come viene prescritto dall'*Art.* 811 del Codice di Procedura civile » ivi » *Nel caso di separazione volontaria indicato nell'Articolo* 138 » *del Codice civile, il presidente deve avanti* » *tutto sentire nel giorno da lui stabilito* » *sul ricorso delle parti, l'uno e l'altro separatamente, e fare in seguito ad ambidue le simostranze che creda atte a riconciliarli.*

» *Se la riconciliazione riesca, si fa processo verbale nelle forme stabilite dal l'Art.* 808.

» *Se la riconciliazione non riesca, si fa nelle stesse forme processo verbale del consenso dato dai coniugi per la separazione. Il processo-verbale deve inoltre esprimere le condizioni della separazione rispetto ai coniugi, e alla prole, le quali però possono modificarsi a norma dell'articolo precedente.* »

§ 3.°

Istruzione delle prove

508. Il decreto di rinvio dei coniugi davanti il Tribunale si notifica soltanto alla parte che non si sia stata presente alla pronunziaziono di esso, e deve contenere citaziono a comparire *(Art.* 809 *Cod. di proc.)*

509. Fin qui il Codice di procedura ha tracciato le norme da seguirsi perciò che riguarda i preliminari del giudizio: da questo punto il codice stesso osserva un perfetto silenzio. Lo che ci fa ben comprendere che la ulteriore istruzione delle prove devo essere regolata con i principj generali stabiliti nel *libro* 1.° *sez.* 4 *tit.* 4 del detto Codice. — Quindi non faremo che notare lo specialità più caratteristiche che si presentano in questa materia.

510. Si è detto, che a norma dell'*articolo* 806, il coniuge che vuole domandare la separazione personale deve esibire il suo ricorso, esprimendo i fatti che possono darvi luogo, coi documenti giustificativi. — Diritto pertanto nel medesimo di sviluppare ulteriormente i fatti dedotti, di ampliare con nuovi *produzioni* la prova documentale (65).

Per quello riguarda la deduzione dei fatti, non può certamente essere impedito al coniugo *attore* di articolarne altri, o perchè non fossero stati compresi nella domanda, o perchè sopravvenuti (66).

Più specialmente, non potrebbe impedirsi allo sposo attoro di provaro i fatti delle ingiurie che nel *ricorso* non avesse precisati, colla indicazione del luogo e del tempo, se d'altronde aveva caratterizzato la natura e la specie di queste ingiurie, o fissato l'epoca precisa delle sovizie e delle violenze (67).

In ogni caso però spetterà esclusivamente ai tribunali, investiti como sono di un potere discrezionale, lo esaminare se i *fatti* siano stati legalmente articolati, e se siano bastantemente gravi, pertinenti, o verosimili perchè la prova possa essero ammessa (68).

511. I Tribunali non possono, per dispensarsi dall'ammettere una prova o dall'ordinare una inchiesta, invocare la *notorietà* dei fatti articolati, poichè la *notorietà* non è che un elemento di convinzione, mentre i risultati della prova possono esser tali da accertare in modo indubitato i fatti allegati (69).

512. Per regola non possono sentirsi

(64) *Massol pag.* 110 *n.°* 111.
— *Paris.* 20 *Mai* 1841 (*Tom.* 1. 1841, *p.* 787). — *Moulefarine.* —

(65) *Paris* 28 *juill.* 1809. *Dodon.*
(66) *Besançon* 9 *Avr* 1808. *Lauchet.*
— *Duranton Tom.* 2. *n.°* 590. *e* 600.
(67) *Rennes* 1. *Fev.* 1812. — *N.* —
(68) *Paris* 9 *Mars.* 1838. (*Tom.* 1. 1838. *pag.* 392) — *L.* —
(69) *Demolomb. n.°* 477.

come testimoni i parenti e gli affini in linea retta; *(Art. 236 Cod. di proc.)* Questa regola però soffre eccezione nelle cause di separazione personale perchè trattandosi di *fatti* che accadono comunemente nel segreto del proprio domicilio, sarebbe impossibile o almeno molto difficile di ottenerne la prova col mezzo di persone estranee alla famiglia.

513. Noteremo ancora, che relativamente all'adulterio di uno dei coniugi, dedotto come causa di separazione, essendo questo un fatto che suole commettersi nel segreto e nel mistero, non può esigersi che sia materialmente accertato, e deve bastare che sia stabilito da presunzioni positive e chiare atte ad ingenerare la convinzione morale. I giudici sono, in questo caso, dei veri *giurati* alla cui saggezza è abbandonata l'apprezzazione dei fatti (70).

514. Avvertiremo infine, per ciò che concerne la separazione *volontaria*, che non riuscita la *riconciliazione*, ed emanato il decreto di rinvio, il Presidente porta l'affare al Tribunale e ne fa la relazione in camera di consiglio per la opportuna omologazione *(Cod. di proc. art. 811)*.

§ 4.°

Sentenza

515. Esaurita la istruzione delle prove il Tribunale procede alla discussione della causa, e quindi alla emanazione della Sentenza.

516. E qui giova preliminarmente avvertire, che i giudici chiamati a pronunziare sopra una domanda di separazione possono, in generale, formare la loro convinzione non solamente sopra i fatti stabiliti dalla *istruttoria*, ma ancora su quelli che resultano sia dalle discussioni, sia dai documenti prodotti, sia dalle dichiarazioni delle parti ed ancora dalla condotta tenuta dal convenuto dopo la domanda (71).

516. Per il principio consacrato dall'*Art.* 52 del Codice di procedura civile le udienze della autorità giudiziaria sono pubbliche. Però tanto nelle *cause* di separazione, come in tutte le altre, quando la pubblicità possa riuscire pericolosa al buon ordine o al buon costume, può il tribunale ordinare che la discussione abbia luogo a porte chiuse.

517. Dobbiamo inoltre avvertire che deve essere sentito il pubblico Ministero, essendo le di lui conclusioni espressamente richieste dalla legge *(Cod. di proc. art. 346 n.° 4.)*

518. La condanna nelle spese della parte soccombente è una conseguenza necessaria della sentenza; *(art. 370)* quindi il coniuge di cui è stata respinta la domanda di separazione deve sopportare tali spese. — Ma se i torti sono reciproci ad ambo i coniugi, e di una uguale gravità, e la separazione sia stata pronunziata a profitto dell'uno e dell'altro, ciascuno deve sopportare le spese fatte tanto in prima che in seconda istanza, perchè si verifica in questo caso la compensazione *(art. 370 1.° capov.)*

519. Può essere ordinata la esecuzione provvisoria della sentenza?...

Crediamo che no, perchè tra i casi contemplati dall'*articolo* 363 del Codice di procedura, e per i quali i giudici possono ordinare la esecuzione provvisoria delle loro sentenze, non vi sono comprese le cause di separazione. Inoltre trattandosi di una misura che aggrava la condizione del soccombente, la disposizione del detto Articolo deve apprendersi in un senso *limitativo*. È da osservarsi ancora che la esecuzione provvisoria delle sentenze di separazione potrebbe portare un danno gravissimo al soccombente, e tale da essere un ostacolo insormontabile ad una

(70) *Riom 9 Nov. 1810. G. — Colmar 20 juill. 1812. — N. —*

(71) *Cass. 19. Avril. 1825 De Lamarthonie. — Caen 8 Dec. 1831. Leduc.*

futura riconciliazione. Si supponga che la sentenza sia pronunziata per l'adulterio della moglie, e che in conseguenza della *eseguibilità* accordata la donna sia obbligata ad abbandonare la casa maritale. Ma questo fatto del forzato abbandono, che costituisce per la donna la ingiuria più grave, come potrà essere riparato dalla sentenza di appello che revochi quella dei primi giudici? Se vi è urgenza che la *coabitazione* cessi la legge ha concesso ai tribunali le facoltà opportune per provvedere in modo temporaneo a tale emergenza. Riteniamo quindi, conforme ritiene in proposito la giurisprudenza Francese che i tribunali non possono ordinare la esecuzione provvisoria delle sentenze di separazione (72).

520. Noteremo finalmente che le sentenze di separazione possono impugnarsi con gli stessi mezzi *ordinari* coi quali si impugnano le altre sentenze, cioè colla *opposizione* se la sentenza è contumaciale, coll'*appello* se è stata proferita in contraditorio.

ARTICOLO SECONDO

Misure provvisorie pendente il giudizio di separazione.

521. Dispone l'*Articolo* 808 del codice di procedura civile che, se la riconciliazione non riesce, il presidente rimette con decreto le parti davanti il tribunale *» e » da i provvedimenti temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e » della prole. »*

L'urgenza adunque è la ragione dei provvedimenti da darsi; ma questa urgenza può esistere al momento in cui viene emanato il decreto di rinvio, come può verificarsi nel corso ulteriore del giudizio. Il Presidente ha facoltà di provvedere anche in questo secondo caso?.... È questo il dubbio che sorge leggendo la disposizione troppo laconica del rammentato *Articolo* 808. — Però esaminandola attentamente vi si trova, se non il *principio* chiaro ed esplicito il *germe* almeno per la risoluzione della questione che ci siamo proposta.

Ed invero le frasi *» rimette le parti » davanti il tribunale e da i provvedimenti » etc. »* cosa stanno a significare?.... Certamente il cumulativo e contemporaneo esercizio delle due facoltà, del *rinvio* cioè, e dei *provvedimenti*, perchè la particella — *e* — sta grammaticalmente ad unire e congiungere la prima colla seconda parte della *disposizione*. Ecco adunque indicato dal senso *litterale* il limite delle attribuzioni del Presidente. Egli col decreto di rinvio può prendere i provvedimenti che ravvisi urgenti tanto nell'interesse delle parti quanto in quello dei figli, ma non più oltre: con quel decreto la sua missione è compiuta, e spetta al tribunale lo statuire su i *provvedimenti* che fossero reclamati nel corso ulteriore del giudizio.

A convincersene maggiormente giova aver presente, che le attribuzioni che la legge conferisce al Presidente non sono che quelle di un conciliatore; che tale incarico rimane necessariamente esaurito quando la riconciliazione dei coniugi non riesca. Ora lo estendere questo potere sarebbe un attentato alla *giurisdizione* del tribunale, che rimane investito della cognizione e decisione del merito della *causa* e dei suoi *emergenti* fino dal momento della presentazione del *ricorso* delle parti, e del decreto relativo di *comparizione*.

522. Ciò posto in sodo, esaminiamo la natura ed il carattere di quei provvedimenti che più comunemente sono reclamati tanto nell'interesse dei coniugi, quanto dei loro figli.

523. Il primo che si presenta è quello relativo al domicilio.

La moglie, finchè non è legalmente separata, ha il domicilio del marito *(Cod.*

---

(72) *Poitiers 10 aout 1819. Guyot. — Dercand.*

civ. art. 18): quindi, attrice o convenuta che sia, ha diritto, pendente il giudizio di separazione, di continuare a risiedere con lui (73).

Ma possono verificarsi casi tali da rendere manifesta la impossibilità della continunazione della vita comune, tra i coniugi sia per l'esacerbazione degli animi, sia per la sicurezza personale dei medesimi, sia per non offendere ancora maggiormente la pubblica morale. In questi come in altri casi consimili, è una necessità di sospendere l'esercizio del diritto che hanno di vivere insieme.

Mancata pertanto la riconciliazione, può il Presidente, secondo il suo prudente criterio e secondo le circostanze, autorizzare la donna a ritirarsi provvisoriamente in un dato luogo, presso date persone, rientrando questa facoltà indubitatamente nella classe dei provvedimonti che l'*Articolo* 808 autorizza a prendere in via di urgenza.

524. Il decreto del presidente che accorda alla moglie di abbandonare la casa maritale, e di fissare altrove la sua residenza non deve essere considerato como un voro e proprio *giudicato*, ma come una emanazione del di lui potere discrezionale, non suscettibile di essere impugnato per via di appello (74).

525. Ma questo potere di cui è investito il Presidente potrà estendersi fino al punto di espellere il marito dal domicilio coniugalo?....

Una decisione della Corte d'appello di Genova del 27 Dicembre 1866, in causa *Sciaguato-Roggero*, ritiene che si, quando specialmente la casa di abitazione dei coniugi fosse una proprietà parafernalo della moglie e vi fossero riscontri di mali trattamenti a riguardo di lei (75).

Questi principii sono conformi a quelli adottati dalla giurisprudenza Francese (76).

526. Nella pendenza del giudizio di separazione i coniugi hanno il diritto di ottenere l'uno dall'altro la prestazione degli alimenti. Ciò non è espressamente dichiarato dalla legge, ma è virtualmente compreso nella disposizione dell'*Articolo* 808, poichè ivi si accorda al presidente la facoltà di prendere i provvedimenti " *che ravvisi urgenti nell' interesse dei coniugi.* "

Infatti il diritto agli alimenti, in caso di bisogno, perdura nei coniugi ancorchè sia pronunziata la separazione: *(Cod. civ. art.* 156 *2.° capov.)* tanto più adunque devono avere questo diritto nella pendenza del giudizio. — Così riteniamo che trattandosi della moglie autorizzata provvisoriamente a vivere separata, possa essere obbligato il marito a passarlo una pensione alimentaria, qualora la medesima non abbia assegnamenti in proprio per provvedere al suo mantenimento.

527. Fra i provvedimenti da prendersi possano figurare ancora quelli relativi alla custodia dei figli.

528. La domanda di separaziono non porta alcun attentato alla potestà paterna, e la stessa sentenza la lascia intatta. Quindi il marito, benchè la separazione sia provocata contro di lui, deve rimanere incaricato della custodia dei figli comuni, perchè la patria potestà, durante il matrimonio, è esercitata dal padre *(Cod. civ. art.* 220*)*.

Ma questa, como ogni altra regola, ha le sue limitazioni. — Configurate cho il marito mantenga in casa la concubina, e che appunto per questa causa abbia la moglie domandato la separazione. Vorreste lasciare la prole innocente alla custodia di un uomo, che non può darle cho esempi scandalosi di immoralità!.... Certamente, in questo caso, dovrebbe privarsi il marito dell'esercizio dei propri

(73) *Demolom. n.° 455.*
— *Cass. 26 Mars. 1828. Chatelier.*

(74) *Paris 2. Aout. 1841 (Tom. 1 1841 pag. 243) — Carpentier.*

(75) *Annali di G. P. It. Vol. 1. P. 2 pag. 139.*

(76) *Paris. 2. aout 1841 (Tom. 2. 1841. p. 243). Carpantièr.*
— *Demolomb. n.° 157.*

diritti, ed affidare i figli alla custodia della madre (*arg. art.* 220).

Anche qui tutto è rimesso al potere discrezionale della autorità giudiziaria, la quale, quando lo credesse utile e conveniente per il loro interesse, potrebbe affidare i figli anche ad una terza persona (77).

529. Affidata la custodia dei figli alla madre il marito sarebbe tenuto a rispettare questo provvedimento: ma ove non vi obtemperasse e riprendesse i figli, non potrebbero essere adibiti mezzi coercitivi per obbligarlo a restituirli alla madre. Non si tratta infatti che di una misura provvisoria che può sospendere, ma non togliere il diritto nascente dalla patria potestà (78).

530. Se, all'incontro, la custodia dei figli fosse stata affidata al padre coll'obbligo di presentarli in dati giorni ed in date ore alla madre l'inadempimento di questa obbligazione per parte del marito non potrebbe ritenersi motivo sufficiente per toglierli questa custodia, quando sopratutto il vantaggio dei figli non ne imponesse la necessità (79).

531. La custodia dei figli è un oggetto d'ordine pubblico, sopra il quale i giudici devono pronunziare anche quando non vi fossero delle conclusioni positive. Quindi è, che la moglie attrice potrebbe anche in appello, benchè fosse la prima volta, reclamare questa custodia, poichè non sarebbe questa una domanda nuova, ma una conseguenza necessaria della domanda di separazione (80).

(77.) *Zachariae Tom. 3. p. 368.*
— Bruxelles 7. Aout. 1829. — D. —

(78.) *Paris 27. juin 1810. Foujert.*

(79.) *Bordeaux 18. janv: 1841. (Tom. 1. 1811. p. 447.)*

(80.) *Cass. 17. Nov. 1847. (Tom. 2. 1848. p. 489.) — Cartain —*

CAPITOLO TERZO

Degli effetti della separazione personale.

—

SOMMARIO

532. La separazione personale non sciogliendo il vincolo del matrimonio dispensa soltanto i coniugi dall'obbligo della coabitazione.

Conseguenza di ciò si è che la moglie acquista la facoltà di fissare il proprio domicilio ovunque lo creda conveniente. Le disposizioni delli *Art.* 18 e 131 del Codice, che fanno del domicilio del marito il domilio della moglie, cessano di avere vigore per lei.

Questo diritto di scegliersi un domicilio non potrebbe essere limitato colla sentenza che pronunzia la separazione, poichè se i giudici, per ragioni di convenienza, possono durante il giudizio assegnare un domicilio alla moglie, questa facoltà è loro tolta al momento

della pronunzia definitiva (81). — Ciò è tanto vero che mentre gli *Articoli* 154 e 155 danno facoltà ai Magistrati di subordinare le pronunzie di separazione a quelle condizioni che ravvisino opportune a tutela dei figli e della loro educazione, si tacciono affatto sul domicilio che deve avere la moglie.

Per altro, siccome ambo i coniugi conservano il diritto di vigilare alla educazione della loro prole *(art.* 155*)*, così per esempio, non potrebbe la donna, cui fosse stata affidata la custodia dei figli, stabilire il proprio domicilio in un luogo che, per la distanza o per qualunque altra circostanza, fosse di ostacolo al marito di esercitare liberamente il suo diritto di sorveglianza (82). — Nascendo controversia su ciò incomberebbe al tribunale che ha decretato la separazione di pronunziarvi, come quello che è investito dalla legge della competenza di rivocare o modificare le condizioni cui venne subordinata la relativa sentenza *(arg. art.* 810. *Cod. di proc. civ.)*

533. Se i coniugi sono dispensati dall'obbligo della vita comune e della *coabitazione*, non rimangono però prosciolti da quello della *fedeltà* e della *assistenza*.

Quest'obbligo che, maritandosi, ha formato subietto delle loro promesse, e che è inerente al loro titolo di sposi, non può rimanere annientato da avvenimenti che sono venuti a turbare la unione coniugale.

534. Per quello riguarda la *fedeltà* non potrebbe controvertersi il diritto nei coniugi, nel caso di adulterio, di promuovere querela per ottenerne la punizione, perchè la separazione non è contemplata dalla legge penale quale eccezione all'esercizio di questo diritto (83).

535. Relativamente all'obbligo della assistenza si è dubitato tra gli scrittori se i coniugi separati debbansi l'assistenza personale, oppure dei semplici soccorsi (84).

Certamente l'assistenza *personale* richiedendo la presenza della persona che deve prestarla, non potrebbe obbligarsi il coniuge a costituire con tal fatto una specie di ritrattazione della sentenza di separazione. I coniugi non possono essere obbligati che a prestarsi vicendevolmente dei soccorsi: ed è in questo senso appunto che l'*art.* 156 del Codice accorda loro il diritto reciproco degli alimenti in caso di bisogno.

536. Lo sposo indigente ha diritto di ottenere gli alimenti dall'altro, ancorchè la separazione sia stata pronunziata contro di lui e per di lui colpa, come chiaramente lo prescrive il detto *art.* 156 *« salvo sempre il diritto agli alimenti in » caso di bisogno. »*

È da osservarsi però che il coniuge obbligato alla prestazione degli alimenti non potrebbe pretendere, come nei casi ordinari *(art.* 140*)*, di somministrarli col ricevere e mantenere nella propria casa il coniuge che li reclama. Sanzionando tali pretese sarebbe lo stesso che distruggere gli effetti della sentenza di separazione, e si tornerebbe a far rivivere in modo indiretto, ma forzatamente, quella coabitazione dalla quale appunto i coniugi furono dispensati.

Il *modo* adunque della prestazione non può consistere che in una pensione alimentaria da determinarsi dalla autorità giudiziaria (85), avvertendo — che il diritto di esigere gli alimenti deve essere limitato al caso di un bisogno ben dimostrato — che nel fissarne la misura si deve essere più favorevoli al coniuge che ha ottenuto la separazione anzichè a quello

(81.) *Dijon 28. Avril 1807. Benon.*

(82) *Angsrs. 6. Mai 1841. (Tom. 2. 1841. pag. 60). — II. —*

(83) *Vedi. — Cod. Penal. Italiano art. 482. 483. — E Cod. penal. Toscano art. 291. 292.*

(84) Vedi *Zackariae Tom. 3. p. 371. — Demolomb. n.° 502.*

(85) Cod. civ. *art. 145.*
— Cod. di proc. civ. art. 810.

contro del quale è stata pronunziata (86).

537. È una necessità logica che la separazione personale, producendo la cessazione della vita comune e della coabitazione, modifichi e vari gli interessi economici dei coniugi.

La donna può essersi maritata sotto il regime *dotale*, sotto quello della separazione dei beni, oppure sotto il regime della *comunione* — possono i coniugi nel contratto di matrimonio aver stipulato dei lucri, dei vantaggi a favore l'uno dell'altro. — Ecco le ipotesi che si presentano alla mente, e che occorre risolvere determinando fino a qual punto i diritti respettivi rimangano variati e modificati per il fatto della avvenuta separazione.

538. Per risolvere queste questioni la legge prende direttamente di mira chi ha dato causa alla separazione, e rigettando la teoria sulla compensazione delle ingiurie, stabilisce con una regola generale — che il coniuge per colpa del quale fu pronunziata la separazione incorre nella perdita dei lucri dotali, di tutti gli utili che l'altro coniuge gli avesse concessi col contratto di matrimonio, ed anche dell'usufrutto legale — che l'altro coniuge conserva il diritto ai lucri e ad ogni altro utilo dipendente dal contratto matrimoniale, sebbene siano stati stipulati con reciprocità — che se la sentenza di separazione è pronunziata per colpa di ambidue, ciascuno di essi incorre nella perdita sopraccennata (*Art.* 156.)

539. Applichiamo questi principi ai casi configurati.

540. *Regime dotale.* — Ognun sa che il marito durante il matrimonio ha l'amministraziono della *dote* e ne fa suoi i frutti (*art.* 1399).

Se è la moglie quella che ha ottenuto sentenza di separazione, il marito perde l'amministrazione ed il godimento della dote: ma questa perdita non la incorre di pieno diritto; bisogna che la separazione della dote sia domandata dalla donna (*art.* 1418), e fino al momento di questa domanda il marito continua nella amministrazione.

Ottenuta la separazione della dote dai beni del marito la moglie ne ha la libera amministrazione, non però la libera disponibilità, perchè le ragioni dotali, durante il matrimonio, non possono essere alienate o obbligate a favore di chicchessia se non dietro approvazione della autorità giudiziaria, e nel concorso della necessità e della utilità evidente (*art.* 1405).

541. Se poi la separazione è stata pronunziata per colpa della moglie, essa non può ripetere la dote; ed il marito deve continuare nella amministrazione e godimento della medesima, inquantochè non avendo dato motivo alla se parazione stessa, non può essere privato di un diritto acquisito in forza del contratto di matrimonio.

542. Se finalmente la separazione è avvenuta per colpa di ambidue, essendo reciproca la perdita dei diritti derivanti dal contratto matrimoniale, il marito dove necessariamente perdere l'amministrazione ed il godimento della dote, amministrazione e godimento cho ritorna alla moglie.

543. *Beni parafernali.* — La moglie ritiene il dominio, l'amministrazione, ed il godimento dei suoi beni parafernali (*art.* 1427), ma non può alienarli in modo alcuno senza l'autorizzazione del marito (*art.* 134). Ora la separazione non distrugge ma rallenta semplicemente i vincoli del matrimonio, o la donna fino ad un certo punto soltanto si trova sciolta dalla autorità maritale. Quindi è che essa non può disporre liberamente dei suoi beni parafernali se non nell'unico caso cho la separazione sia stata pronunziata per colpa del marito (*art.* 135 *n.°* 2). — È giusto, infatti, che il marito il quale ha dato causa alla separazione decada

(86) — *Colmar. 9. janv. 1831. Autz.* — *Duranton Tom. 2. n.° 633.*

dai vantaggi che la legge gli attribuiva su i beni della moglie, e che questa, cui niente può rimproverarsi, rientri nel libero ed assoluto esercizio dei propri diritti.

Ma se la separazione è stata pronunziata per colpa della moglie, o per colpa di lei e del marito, o per mutuo consenso, la donna non può riacquistare la libera disponibilità dei suoi beni, ed in luogo e vece della autorizzazione maritale occorre alla medesima l'autorizzazione del Tribunale *(art. 136)*.

544. *Regime della comunione.* — La separazione personale è una delle cause per lo quali si scioglie la comunione dei beni che i coniugi abbiano stipulato nel loro contratto di matrimonio *(art. 1441)*.

In conseguenza di ciò possono i coniugi procedere alla liquidazione dei loro diritti, e alla divisione dei mobili e degli acquisti fatti durante la comunione *(art. 1444 1445)*, con retrotrarne gli effetti al giorno della domanda di separazione *(arg. art. 1420)*.

545. Altra conseguenza della separazione personale è la perdita dei vantaggi e degli utili che siano stati stipulati nel contratto di matrimonio: — il coniuge contro del quale venne pronunziata incorre in questa perdita: — l'altro coniuge conserva il diritto a tali utili ed a tali vantaggi — vi incorrono poi ambidue se per colpa reciproca fu pronunziata la separazione. *(Art. 156)*.

546. Ma la perdita non si limita ai lucri ed ai vantaggi stipulati nel contratto matrimoniale, essa si estendo ancora ai diritti di *successibilità*, essendo ciò espressamente stabilito dagli Articoli 757 e 812 del Codice (87).

(87) Art. 757. — « *I diritti di successione* « *accordati al coniuge superstite non spettano* « *al coniuge contro cui il defunto abbia otte-* « *nuto sentenza di separazione personale pas-* « *sata in giudicato* —

Art. 812. — *il coniuge contro cui non* « *sussista sentenza di separazione personale* « *passata in giudicato, ha diritto sulla eredi-* « *tà dell'altro coniuge ec* »

547. Abbiamo accennato brevemente gli effetti della separazione personale per quello che riguarda lo *stato* dei coniugi ed i loro *beni*: ci resta a parlare di tali effetti relativamente ai figli.

548. Per le leggi Romane, avvenuto il divorzio, era rimesso nell'arbitrio del giudice lo stabilire chi dei coniugi dovesse avere la custodia dei figli (88).

Conforme a questo principio è la disposizione del nostro *Articolo 154* » *il tri-* » *bunale che pronunzia la separazione, di-* » *chiarerà quali dei coniugi debba tenere* » *presso di se i figli, e provvedere al loro* » *mantenimento, alla loro educazione, ed* » *istruzione.* » — È giustamente è stato così stabilito. Uguali sono i diritti di patria potestà su i figli tanto per parte del padre quanto per parte della madre *(art. 220)*, diritti che non possono avere una prevalenza a favore dell'uno piuttostochè dell'altro pel fatto della loro separazione personale. Era dunque logico e razionale rimontare alle cause, ai motivi della separazione per stabilire quale dei coniugi dovesse avere la custodia dei figli. Ma tali indagini, desumibili soltanto dalle circostanze, sfuggivano al potere del Legislatore e dovevasene, come si è fatto, affidarne l'apprezzazione alla coscienza ed alla religione dei Magistrati.

549. In cosa meramente di fatto, quale si è questa, non è dato stabilire alcun principio direttivo. Quello però che principalmente i giudici devono aver presente si è l'interesse ed il vantaggio dei figli combinato con le cause che hanno dato luogo alla separazione.

Giova in proposito richiamare alla mente quanto dispone la *Novella 117 cap. 7*, poichè dalla medesima possono a buon diritto i Tribunali desumere un giusto criterio, nel far uso della facoltà che loro

(88) *Leg. unic. Cod. Divortio facto. etc.* « *Competens tamen judex aestimabit utrum* « *apud patrem, an apud matrem, matrimonio* « *separato, filii morari ac nutriri debeant* »

attribuisce la legge. « *Si pater causam* « *divortio praestiterit, apud matrem ad se-* « *cundas nuptias non venientem liberi nu-* « *triantur patris expensis. Si vero contra,* « *tunc apud patrem matris locupletis ex-* « *pensis; nisi pater minus idoneus sit;* « *tunc enim apud matrem locupletem nu-* « *triantur.* »

550. In forza di questo potere discrezionale i tribunali hanno portanto la facoltà, secondo i fatti, e tenuto conto dei motivi di separazione — di rifiutare al padre la custodia e la educazione dei figli — di affidarla invece alla madre fino ad una certa età, o fino alla età maggiore dei medesimi — di determinare il modo e la misura degli alimenti da prestarsi dai coniugi (*Cod. civ. art.* 154. *Cod. di proc. civ. art.* 810).

Di più, quando concorrano gravi motivi, e vi siano fondati sospetti sulla moralità dei due coniugi, può il tribunale ordinare che la prole sia collocata in un Istituto di educazione o presso terza persona (*Detto art.* 154 *capov*).

Bene si intende, che qualunque sia la persona alla quale venga affidata la custodia dei figli, il padre o la madre conservano sempre il diritto di vigilare la loro educazione. — È un diritto questo che deriva dalla natura, e che in niun modo potrebbe essere tolto ai genitori qualunque sia la loro colpa.

551. Allorchè si elevino posteriormente delle difficoltà relativamente ai provvedimenti presi colla sentenza di separazione, possono le parti rivolgersi al Tribunale, il quale, dietro i fatti, potrà rivocare o modificare le prese deliberazioni (*Art.* 810 *Cod. di proc. civ.*)

552. Gli effetti della sentenza di separazione cessano per la riconciliazione o riunione volontaria dei coniugi; lo che può avvenire o per una dichiarazione espressa, o per il solo fatto della coabitazione, senza che, tanto nell'uno che nell'altro caso, sia necessario l'intervento della autorità giudiziaria (*Art.* 157 *Cod. civ.*)

553. Ma il coniuge a di cui favore è stata pronunziata la separazione potrà, renunziando al proprio diritto, esigere il ristabilimento della vita comune?...

Si è detto da alcuni scrittori francesi che la sentenza di separazione non crea che un diritto particolare per colui a favore del quale fu pronunziata, e che conseguentemente, renunziandovi, può esigere il ristabilimento della vita comune (89).

Però la opinione più comunemente ritenuta od abbracciata è quella che nega tal facoltà sul riflesso, che la sentenza di separazione non può essere stata posta dal legislatore in una condizione eccezionale, e che, come qualunque altra sentenza, essendo il prodotto di un contratto giudiziario, non può, come tutti i contratti, revocarsi che col mutuo consenso delle parti (90).

Di fronte al nostro *articolo* 157 non è luogo a dubbio veruno, poichè disponendo che « *i coniugi possono di comune accordo* « *far cessare gli effetti della sentenza di* « *separazione* » richiede imprescindibilmente il mutuo consenso delle parti.

554. La volontaria riunione fa sì che la sentenza si ha per non avvenuta, ed i coniugi sono reintegrati nella pienezza dei loro diritti.

Riteniamo quindi che i coniugi abbiano diritto di riprendere i figli presso di se, ove la sentenza gli avesse affidati alla custodia di terza persona, perchè le ragioni di opportunità e di convenienza che poterono suggerire quel provvedimento vengono a mancare pel fatto della riconciliazione.

Forse potrà dirsi, che se la sentenza affidò i figli ad estranei per la sospetta moralità dei coniugi, questa ragione può perseverare non ostante l'avvenuta riconciliazione. Ma la disposizione dell'*Art.* 157

(89) *Duranton n.° 61*8.

(90) Marcadè *sur l'art. 311. n.° 5. — Demolomb. n.° 532. e segg.*

— Cass. *3. Fev. 1811. (Tom 1. 1811. p. 276) — T —.*

è assoluta: gli effetti della sentenza, qualunque essi siano, cessano per la volontaria riunione, ne si potrebbe ammettere una limitazione che non si trova enunciata nella legge. — D'altronde se i genitori abusano della patria potestà violandone o trascurandone i doveri, gli interessati o il pubblico Ministero, valendosi del disposto dell'*Art.* 233 potranno sempre provocare dal Tribunale i provvedimenti opportuni.

555. Se al seguito della separazione personale fu dalla moglie ottenuta la separazione dei beni, la *dote* essendo sempre, per espressa disposizione di legge rimasta inalienabile (*art.* 1424). non vi è dubbio che il marito, avvenuta la riconciliazione, non debba essere reintegrato nell'amministrazione e nel godimento della *dote* medesima.

Ma se si tratta di *comunione* di beni rimasta sciolta per la separazione, dessa non può tornare a rivivere di pieno diritto, ma ove i coniugi vogliano ristabilirla possono ciò fare con un atto pubblico. — In questo caso la *comunione* riprende il suo effetto, come se la separazione non avesse avuto luogo, senza pregiudizio per altro delle ragioni acquistate dai terzi durante la separazione (*art.* 1443).

TITOLO QUINTO

—

Della filiazione

556. Il favore del matrimonio, la conservazione delle famiglie, e sopratutto il sommo interesse che ha la società di proscrivere le unioni vaghe ed incerte sono i motivi che hanno spinto i Legislatori di tutti i tempi, o di tutti i popoli a distinguere i figli naturali dai figli legittimi.

Paternità e *filiazione* sono due *correlativi* inseparabili, che nel loro significato generale stanno ad indicare i rapporti naturali e sociali, che uniscono i discendenti agli ascendenti dell'uno e dell'altro sesso.

Il nostro Codice distingue due specie di filiazione — della prole concepita o nata durante il matrimonio — della prole nata fuori del matrimonio.

SEZIONE PRIMA

Della filiazione della prole concepita o nata durante il matrimonio

CAPITOLO PRIMO

Presunzione di paternità — Eccezioni

—

SOMMARIO

557. Presunzione di paternità.
558. Fatti che costituiscono la filiazione.
559. Eccezioni alla presunzione della legge.
560. 561. 562. 563. Impossibilità legale — necessità di stabilire un termine per conoscere quando incomincia o finisce la presunzione di paternità — Leggi Romane — Disposizioni del Codice.
564. 565. Il concepimento durante il matrimonio stabilisce la legittimità del figlio.
566. Qual valore abbia il fatto della nascita.
567. Quando non possa disconoscersi la paternità.
568. 569. 570. 571. Se il concepimento avvenuto fuori dei termini stabiliti dalla legge renda il figlio illegittimo di pieno diritto.
572. 573. Impossibilità fisica — cause ammesse dal Codice.
574. 575. Allontanamento.
576. Impotenza.
577. Separazione personale.
578. Intelligenza da darsi agli articoli 162 e 164.
579. Qual periodo di tempo debba abbracciare la prova della esistenza delle cause di impossibilità.
580. 581. 582. Impossibilità morale — quando si verifichi.
583. Adulterio.
584. 585. Celamento della nascita.
586. La impossibilità non può estendersi a casi non contemplati dalla legge.

557. La natura mentre con segni evi-

denti fa conoscere la madre (1), copre del velo più impotrabile la trasmissione della nostra esistenza.

Ma la paternità non poteva rimanere incerta. Ai segni materiali negati dalla natura doveva necessariamente supplirsi con delle regole, con dei principi che appigliandosi a fatti esteriori e suscettibili di prova assicurassero la quiete delle famiglie, la dignità del matrimonio, e proteggessero ancora la innocenza della madre.

Di qui la celebre massima » *pater est* » *quem justae nuptiae demonstrant* » (2), la di cui origine, come quella del matrimonio, si perde nella oscurità dei secoli, e che tramandataci dalla sapienza dei giureconsulti Romani, è stata accolta come ragione scritta da tutti i popoli civili, e consacrata dal Codice Italiano nell'*Art.* 159. » Il marito è padre del figlio » concepito durante il matrimonio. »

558. Due adunque sono i fatti che stabiliscono la filiazione legittima — il matrimonio — il concepimento.

Il matrimonio deve essere valido, contratto cioè nelle forme prescritte dalla legge. Il concepimento deve aver luogo durante il matrimonio, perchè solo dal concepimento può desumersi un criterio sicuro per statuire sulla legittimità della filiazione.

Nel concorso di queste due condizioni la legge reputa legittimo il figlio, e gli attribuisce i diritti di famiglia e di parentela (3).

559. La regola che il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio non ha per altro il carattere della *infallibilità*; essa non è che una presunzione, e come tale deve sparire a fronte di una prova positiva. Perlochè possono verificarsi tre differenti specie di eccezioni alla presunzione legale di paternità 1.° la impossibilità legale; 2.° la impossibilità fisica; 3.° la impossibilità morale.

A.

Impossibilità legale.

560. Si è detto, che l'epoca del concepimento è il punto di partenza per giudicare della legittimità. Ma un figlio è concepito molto tempo avanti di nascere; egli vive nel seno della madre molto tempo avanti di essere dato alla luce. È quindi possibile che sia concepito avanti, e nasca durante il matrimonio, o che concepito durante il matrimonio nasca dopo il suo scioglimento.

561. Per determinare, nei casi dubbj, l'applicazione della regola — che il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio, — era indispensabile stabilirne una seconda all'oggetto di conoscere il momento nel quale incomincia o finisce la presunzione di paternità.

Le leggi Romane, fondandosi sulla autorità di Ippocrate, decisero a riguardo delle nascite *premature* che il figlio è legittimo se nato al principio del settimo mese, o centottantadue giorni dopo il matrimonio; e relativamente alle nascite *tardive*, che il figlio non è legittimo allorchè è nato dieci mesi dopo la morte del marito (4).

Questa regola, adottata già dal Codice Napoleone *(Art. 312)*, è stata accolta

(1) Leg. 5. ff. de in jus voc.

— *Quia. semper certa est, etiamsi vulgo conceperit* —

(2) *Leg. 5. ff. de in jus. vocand.*

(3) « *Filium eum definimus qui ex viro et* « *uxore ejus nascitur* » Leg. 6. ff. de his qui sui vel. alien. jur. sunt.

(4) « *Septimo mense nasci perfectum par-* « *tum jam receptum est propter auctoritatem* « *doctissimi viri Hyppocratis et ideo creden-* « *dum est, eum. qui ex justis nuptiis septimo* « *mense natusest, justum filium esse*

— Leg. 12. ff. de stat. homin.

« *Post decem menses mortis natus non ad-* « *mittitur ad legitimam haereditatem* » Leg. 3. § 11. ff. de suis et legitim.

dal nostro Codice stabilendo che « *si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, ne dopo trecento dallo scioglimento o annullamento di esso.* » *(Art.* 160*)*.

562. Con questa disposizione non si è inteso certamente risolvere una questione sulla quale sono divise le opinioni dei più grandi *Fisiologi*, ma si è voluto, prendendo a norma il corso più ordinario della natura, troncare la sorgente di processi difficili e scandalosi, e tracciare ai giudici una regola positiva per togliere i dubbi e le incertezze.

563. Questa presunzione della legge non ammette prova in contrario, ne permette in verun caso di porre il concepimento fuori dei detti duo termini, concepimento per altro che considera come possibile a ciascuno istante trascorso in questo intervallo, lasciando al figlio di riportarlo al momento il più favorevole ai di lui interessi (5).

564. Ciò premesso, scendiamo ad esaminare più da vicino quando specialmente si verifichi la *impossibilità* legale che distrugge la presunzione di paternità.

565. Essendo il concepimento durante il matrimonio e non la nascita cho determina la legittimità, ne consegue, che il figlio nato prima cho siano trascorsi centottanta giorni dopo il matrimonio, reputandosi concepito avanti, non è legittimo, ed il marito della madre, o i di lui eredi possono disconoscerne la paternità *(Art.* 161*)*. — Il marito non ha bisogno di fare prova alcuna in appoggio della sua impugnativa, poichè la *data* della nascita quella che serve di fondamento alla di lui azione, e che fa svanire ogni presunzione di paternità e riporre il figlio nella classe di coloro la di cui filiazione paterna è incerta (6).

566. Ma il fatto della nascita durante il matrimonio ha un valore speciale per il figlio; inquantochè lo pone nel possesso provvisorio dello stato di figlio legittimo, possesso che può divenire anche definitivo se non è disconosciuto, o il *disconoscimento* non sia ricevibile (7).

567. Non sempre per altro il marito della madre o i di lui eredi hanno la facoltà di disconoscere la paternità del figlio nato prima dei centottanta giorni dopo il matrimonio. — L'*articolo* 161 dichiara irrecivibile e respinge la loro azione nei tre casi seguenti.

1.° Quando il marito fosse consapevole della gravidanza prima del matrimonio. — La legge presume allora che non abbia contratto il matrimonio che per riparare un fallo, e che abbia voluto riconoscere e legittimare il figlio (8).

2.° Quando consti dall'atto di nascita cho il marito assistette a quell'atto o personalmente o per mezzo di altra persona da lui specialmente autorizzata per atto autentico. — L'assistenza del marito alla redazione dell'atto di nascita che designa la sua moglie come madre del fanciullo non potrebbe apprendersi in altro modo che per una tacita recognizione della sua paternità. — Sarebbe però altrimonti so, benchè presente all'atto, avesse fatto delle riserve, o so l'atto stesso non designasse la moglie come madre, o indicasse il fanciullo come nato da padre incognito (9).

3.° Quando il parto sia dichiarato non *vitale*, cioè allorchè sia stato riconosciuto che il figlio, benchè abbia vissuto qualche istante o ancora qualche giorno dopo la sua nascita, era in uno stato di formazione troppo poco avanzata o troppo imperfetta perchè potesse percorrere la carriera ordinaria della vita: non rimane quindi provato che il concepimento sia ante-

(5) *Zachariae Tom. 3. § 546.*

(6) *Cass. 23. Aout 1806. Bronzino — Duranton n.° 23.*

(7) *Zachariae § 546.*

(8) *Duranton n.° 38.*

(9) *Zachariae Ibid.*

riore al matrimonio. D'altronde non essendo questo figlio capace a succedere *(Art. 724 n.° 2)* la impugnativa di paternità sarebbe senza oggetto o per lo meno non potrebbe avere che uno scopo scandaloso, quello cioè di disonorare inutilmente la moglie per errori antoriori al matrimonio.

568. Relativamente alle nascite *tardive* egli è certo, che il figlio nato prima del trecentesimo giorno dallo scioglimento o annullamento del matrimonio si presume concepito durante il matrimonio e conseguentemente legittimo. — Al contrario nato dopo i trecento giorni si presume concepito fuori del matrimonio, e quindi illegittimo. *(Art. 160 169)*.

569. Questa presunzione sebbene assoluta non rende di pieno diritto illegittimo il figlio contro il quale si affaccia; bisogna che questa legittimità gli sia contestata da una parte interessata, e cho vi intervenga una pronunzia giudiciale. È chiaro in proposito il disposto dell'*Articolo* 169 *» la legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse »*.

Così se questo figlio si trovasse di fatto nel possesso dei vantaggi e dei diritti inerenti alla legittimità, egli continuerà a goderne fino a cho questa sua legittimità non gli sia giudicialmente contestata (10). Ma quando ciò avvenga, il giudice non deve fare altro che esaminare se è nato fuori del termine indicato nel rammentato *Articolo* 169, ed in caso affermativo deve necessariamente dichiarare la di lui illegittimità.

570. L'offetto della *contestazione* è dunque perentorio e assaluto. Il figlio nato al di là del termine stabilito dalla legge deve essere dichiarato illegittimo.

571. Ma verificandosi circostanze straordinarie da far supporre che il figlio sia stato concepito durante il matrimonio, in quanto la sua nascita sia stata ritardata da cause sopranaturali, potrebbero tali circostanze essere valutate in appoggio della legittimità?

Di fronte alla disposizione chiara ed esplicita dogli Articoli 160 e 169 che stabiliscono il termine dei trecento giorni come *fatale*, noi crediamo che no. Pure non mancano scrittori, e decisioni di Tribunali che ritengono trattarsi di questione di fatto la di cui apprezzazione è rimessa alla prudenza dei Tribunali (11).

B.

Impossibilità fisica.

572. La presunzione di paternità, alla pari di ogni altra presunzione, non è che una congettura per la quale si deduce da un fatto noto, quale è il matrimonio, una conseguenza che rende verosimile un fatto dubbio che si cerca scoprire, cioè la paternità. — Ma quando resulti che, all'epoca del concepimento, il marito della madre non potova, per causa fisica, esser padre del figlio, la presunzione della legge svanisce, ed il figlio deve essere dichiarato illegittimo.

573. Il diritto Romano ammetteva quattro cause di impossibilità fisica 1.° la impotenza assoluta, e perpetua del marito; 2.° la di lui impotenza passeggiera per una malattia grave sopravvenuta; 3.° l'assenza del medesimo nel tempo che la donna era rimasta incinta; 4.° ogni altra circostanza provante che il marito non avesse coabitato colla moglie (12).

---

(10) *Zachariae pag. 632.*

(11) *Merlin. Rep, v. Legitimitè. Sect. 2. § 3 n.° 5*

— Grenoble 12. Arril 1809. Chaplet c. Berar d. — Aix. 8. janv. 1812. Fredy.

(12) Leg. 6. ff. de his qui sui vel alien. jur sunt.

« Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi » gratia per decennium, reversum anniculum « invenisse in domo sua; placet nobis juliani

Il nostro Codice ammette — la mancanza di coabitazione — la impotenza manifesta del marito *(Art. 162, 164)*.

574. All'effetto che il marito possa validamente rifiutare la paternità del figlio concepito durante il matrimoonio, bisogna che egli sia stato *« nella fisica « impossibilità di coabitare colla moglie per « causa di allontanamento, o per effetto di « altro accidente. » (Art. 162)*.

575. L'*allontanamento* deve essere stato continuo e tale che ogni riunione, anco momentanea, tra gli sposi sia stata fisicamente impossibile. — Se vi fosse del dubbio bisognerebbe pronunziare in favore della regola. — Incombe poi alla prudenza del Magistrato l'applicarla o no secondo i fatti, e le circostanze, rammentandosi sempre che la legge esige che vi sia impossibilità fisica di coabitazione.

576. Come si vede, l'*Articolo* 162 non contempla soltanto l' *allontanamento* come causa di impossibilità fisica di coabitazione, poichè aggiunge *« o per effetto di « altra accidente. »* — Queste parole, non vi è dubbio, accennano a casi sopravvenuti al marito: ma in che devono consistere onde costituire una eccezione alla presunzione di paternità?...

Non bisogna dimenticare che qui si tratta di una causa fisica che ha reso impossibilo la coabitazione al momento del concepimento del figlio. Ora questa impossibilità può derivare o dall'*allontanamento*, o la legge lo contempla espressamente, o da un fatto per cui il marito non possa essere autore del concepimento: ma questo fatto non può consistere che nella impotenza accidentalmente sopravvenuta al marito o per una malattia, o per qualunque altra causa, come una ferita, una mutilazione etc. — A questo e a null'altro devonsi riferire le parole *« o per effetto di altra accidente. »*

Ci conforta a ciò ritenere la identica disposizione dell'Articolo 312 del Codice Napoleone « ivi « *Nulla ostante questi* (il « marito) *potrà negare di riconoscere il fi- « glio, se proverà, che durante il tempo tra- « scorso.... egli era sia per causa di allon- « namento, sia per effetto di qualche acci- « dente nella impossibilità fisica di coabita- « re colla moglie;* » e la interpetrazione che ha ricevuto, ritenendosi contemplarsi nelle parole « *per effetto di qualche accidente* » la incapacità di generare all'epoca del concepimento (13).

577. Ammesso che l'*allontanamento* costituisce causa di impossibilità fisica di coabitazione era razionale e logico attribuire la stessa efficacia al fatto della separazione personale tra i coniugi. E ciò ha fatto l'Articolo 163 disponendo che « il marito può anche ricusare di riconoscere il figlio concepito durante il ma- « trimonio se, nel tempo dal trecentesimo « al centottantesimo giorno prima della « nascita, viveva legalmente separato dalla « moglie. »

Poco importa per qual causa sia avvenuta la separazione, se per mutuo consenso o per causa determinata; basta che la separazione sia legale, in forza cioè di sentenza pronunziata dalla competento autorità giudiziaria.

Quando però si provasse che vi sia stata riunione, anche temporanea, tra i coniugi, il marito perde ogni diritto a disconoscere il figlio *(Art. 163 capov.)* (14).

578. Dispone l'Articolo 164 che il marito non può ricusare di riconoscere il fi-

« sententia, hunc non esse mariti filium. Non « tamen ferendum, julianus ait, eum qui cum « uxore sua assidue moratur nolit filium ad- « gnoscere quasi non suum. Sed mihi videtur, « quod et Scaevola probat, si constet maritum « aliquandiu cum uxore non concubuisse in- « firmitate interveniente, velalia causa; velsi « ea valetudine pater familias fuit, ut gene- « rare non possit; hunc quod in domo natus « est, licet vicinis scientibus, filium non esse »

(13) *Toullier Tom, 1. n° 810.*
— *Duranton n.° 42.*
— *Zachariae p. 630. not. 41.*

(14) Vedi — *Process. verb. della Commiss. per la coord. del Cod. civ. pag. 132.*

glio allegando la sua impotenza, salvo che si tratti di impotenza manifesta.

Parlandosi in genere di *impotenza* potrebbe dubitarsi che questa disposizione stia a conflittare quella dell'*Art.* 162 in quanto, come abbiamo detto, le parole ivi usate « *o per effetto di altro accidente* » devonsi necessariamente riferire alla *impotenza* sopravvenuta al marito all'epoca del concepimento del figlio. Ma non è così. L'*Articolo* 164 intanto stabilisce in massima che il marito non può disconoscere il figlio, allegaodo la sua impotenza, inquanto la impotenza è talmento difficile a constatarsi, che la esperienza ha provato come un uomo dichiarato impotente con una tal donna, abbia avuto in seguito dei figli da altro matrimonio. Ma quando resulti materialmente ed evidentemente la esistenza di tale impotenza all'epoca del concepimento, la regola generale cessa di spiegare la sua forza. È questo, per quanto a noi pare, il senso della disposizione. Ora o che si tratti di impotenza anteriore o posteriore al matrimonio, di impotenza naturale o accidentale, niente può influiro sulla risoluzione della quostione; basta cho la impotenza sia materiale ed evidente all'epoca del concepimento.

Perlochè si può concludero cho l'Articolo 162 si riferisce alla impotenza posteriore al matrimonio; che l'Articolo 164 comprende anche la impotenza naturale e preesistente al matrimonio stesso, con qnesto che tanto l'una quanto l'altra, all'effetto di intentare utilmente l'azione di rifiuto di paternità, devono resultare evidenti.

579. Non basta provare la esistenza delle cause che possooo produrre la impossibilità fisica, sia per l'allontanamento del marito, sia per la di lui impoteoza, sia per la separazione personale dei coniugi; bisogna giustificare cho tali cause hanno perdurato per tutto quel tempo nel quale la legge presume possa aver avuto luogo il concepimento.

La legge applicando in proposito la regola stabilita per le nascite tardive o premature determina il periodo di tempo *presunto* per il concepimento dal trecentesimo fino al centottantesimo giorno avanti la nascita. *(Art.* 162 163*)*. — Il marito quindi che intende rifiutare la paternità deve provare cho dal primo giorno del decimo mese fino al primo del sesto avanti la nascita del figlio, e cosi per quattro mesi intieri, vi è stato allontanamento, vi è stata impotenza, o che ha vissuto separato dalla moglie (15).

C.

Impossibilità morale.

580. La impossibilità morale non è ammessa dal Codice che in un solo ed unico caso, cioè, allorchè all'adulterio della moglie vada congiunto l'occultamento della nascita del figlio.

581. La prova dell'adulterio soltanto non basta a distruggere la forza della presunzione legale nascente dal concepimento durante il matrimonio, poichè quando tra i coniugi vi sia stata coabitazione sarebbe impossibile detorminare l'autore del concepimento, ne la madre stessa potrebbe ciò fare; potendo bene sussistere l'adulterio della moglio, e la paternità del marito (16). — Nel dubbio non può rispondersi cho in favore dello stato del figlio.

582. Nè ad escludere la paternità basterebbe la confessione della madro che attribuisse ad altri che al marito la procreaziono del suo figlio *(art.* 165 *capov.)* prima di tutto, perchè lo stato dei figli concepiti durante il matrimonio non può nè deve dipendere dalle dichiarazioni del padre o della madre; in secondo

(15) *Toullier n.° 807.*

(16) Leg. 11. § 9. ff. Ad. leg. juliam de adult. coerc.

« *Cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse* »

luogo perchè non possono meritare veruna fede le dichiarazioni di una donna adultera strappate forse da una passione cieca o violenta.

Ma la condotta di una moglie che ingannando la buona fede del marito, cerca nascondere nel silenzio e nel mistero il frutto della propria colpa, eleva contro la legittimità del figlio un pregiudizio molto più forte per bilanciare la presunzione della paternità fondata sul matrimonio.

583. Adulterio della moglie, celamento della nascita del figlio sono le due condizioni adunque che il marito deve provare onde escludere la sua paternità.

Nè importa che l'adulterio resulti in antecedenza da un giudicato: il marito può giustificare tanto il fatto dell'adulterio, quanto quello del celamento nello stesso giudizio nel quale propone l'azione di rifiuto di paternità *(art. 165)*.

584. Il *celamento* della nascita è una condizione essenziale per l' ammissione della *azione*. Tuttavia la legge non può alla parola *nascita* avere impresso un significato litterale e restrittivo. Questa espressione è adoperata come il riassunto di un fatto complesso, cioè il fatto della esistenza di un figlio, che comprende il concepimento, la gravidanza ed il parto (17).

Incombe pertanto all'attore di provare, non già che ha ignorato la nascita, ma che questa nascita gli è stata nascosta alla pari del concepimento, e della gravidanza (18), prova che può fare con tutti i mezzi ammessi dalla legge. Lo dichiara espressamente l'*Art.* 165 » *con ogni » mezzo di prova.* »

585. Ma l'adulterio ed il celamento della nascita se bilanciano non distruggono però la presunzione legale di paternità. È per questo che il detto Articolo 165 ammette il marito alla prova non solo di questi fatti, ma ancora » *di tutti » gli altri tendenti ad escludere la paternità,* » quali, per esempio, potrebbero essere — la età avanzata del marito — — il suo stato valetudinario — la mala intelligenza che esisteva tra gli sposi — la coabitazione costante della moglie con altri che col marito all'epoca del concepimento — fatti tutti che potrebbero somministrare elementi sufficienti per escludere la paternità (19).

586. La eccezione esclusiva della paternità, fondata sulla impossibilità morale, non può essere ammessa che nel solo ed unico caso contemplato dall'Articolo 165 cioè dell'adulterio della moglie unito al celamento della nascita del figlio; tale impossibilità non può essere estesa a verun altro caso. La regola che il figlio concepito durante il matrimonio ha per padre il marito, è una presunzione di diritto stabilita dalla legge come uno dei fondamenti più solidi della società civile; essa non può essere distrutta che per mezzo di presunzioni espressamente riconosciute. La presunzione *(dice Duranton)* capace di distsuggere quella della legge deve essere scritta nella legge stessa.

CAPITOLO SECONDO

Delle prove della filiazione legittima.

SOMMARIO.

587. La filiazione si prova coll'atto di nascita — col possesso di stato — coi testimoni.
588. 589. 590. 591. 592. Atto di nascita — cosa provi.
593. Valore intrinseco della dichiarazione di nascita.
594. 595. 596. Dichiarazione fatta dal padre

(17) Vedi — *Paris 18. Fev. 1843 (Tom. 1 1843 p. 532). — Desportes c. de N.*

(18) *Duranton Tom. 3. n.° 50.*

(19) *Toullier. n.° 817. 818.*
— *Duranton Tom. 3. n.° 53. e 54.*
— *Paris, 4. Dec. 1820 Allegre c. Bonnafoux.*

587. Si intende per figlio legittimo colui a favore del quale milita la presunzione della legittimità inerente al suo concepimento durante il matrimonio.

Chi invoca questa presunzione ha l'obbligo di provare — che la donna dalla quale pretende essere nato è, o è stata maritata, — che la medesima ha dato alla luce un figlio durante il matrimonio o nei trecento giorni dal suo annullamento o scioglimento — che egli stesso è il fanciullo nato da quella donna.

Una tal prova si desume 1.° Dall'*atto* di nascita iscritto sui registri di stato civile; 2.° Dal possesso di stato; 3.° Dai testimoni nei casi determinati dalla legge. *(Art.* 170 171 174*).*

§ 1.°

Prova per mezzo dell'atto di nascita.

588. La filiazione legittima si prova coll'*atto* di nascita iscritto sui registri dello stato civile. — È questa la disposizione dell'*Articolo* 170.

589. Egli è certo che gli *atti* di nascita sono destinati a provare due fatti importanti, la *nascita* e la *filiazione*, inquantochè la legge prescrive che debbano enunciare — il giorno e l'ora della nascita, il sesso del neonato e il nome che gli è stato dato, il nome, cognome, professione, o domicilio del padre e della madre, se la nascita deriva da unione legittima — il nome, cognome, professione, e domicilio del genitore o genitori dichiaranti, se la nascita deriva da unione illegittima *(Art.* 374 375 376*).*

590. Di questi due fatti consegnati all'*atto di nascita* l'Ufficiale dello stato civile attesta il primo come certo, perchè ha la coscienza che gli è stato presentato un bambino da tali persone in presenza di tali altre, che gli hanno dato i tali nomi, che le persone comparse hanno o no sottoscritto l'*atto*. — Dunque l'atto di nascita fa una prova completa di tutti questi fatti fino a iscrizione in falso *(arg. art.* 363*).*

591. Relativamente alla *filiazione*, vale a dire che il fanciullo è nato dal tal padre e dalla tal madre, l'Ufficiale dello stato civile non può attestarla come un fatto di cui egli abbia scienza personale; esso attesta solamente che le tali persone hanno a lui dichiarato come il bambino è nato da tal padre e dalla tal madre.

Lo stesso si è del *giorno* o del *luogo* della nascita, che l'Uffiziale non può attestare se non se sulla fede delle persone che gli presentano il fanciullo.

592. Non si può quindi, senza attaccare la veracità dell'*atto*, e conseguentemente senza iscriverlo in falso, sostenere che non è nato un bambino, che non è stato presentato all'Ufficiale dello stato civile, che non sono stati iscritti i nomi dei genitori come vennero dichiarati, che le tali persone non furono presenti o non firmarono, perchè la legge stabilisce che gli *atti* dello stato civile formati nei modi prescritti » *fanno prova fino a querela di* » *falso di ciò che l'uffiziale pubblico attesta avvenuto alla sua presenza.* » *(Articolo* 363*).*

Ma si può, senza attaccare la veracità

dell'*atto*, impugnare la veracità delle *dichiarazioni* e sostenere che il bambino ha un padre o una madre diversi da quelli che vennero iscritti dietro la dichiarazione che ne fu fatta, autorizzando a ciò il detto Articolo 363 » *le dichiarazioni dei » comparenti fanno fede fino a prova con» traria.* »

593. Ciò posto in sodo, vediamo quale è il valore intrinseco di questa dichiarazione iscritta nell'*atto* di nascita.

Per stabilire ciò occorre distinguere, se la dichiarazione è stata fatta dai genitori — o da coloro che ne avevano il mandato dalla legge — oppure da estranei. *(Art. 373).*

594. Se la dichiarazione è stata fatta dal padre e dalla madre presenti, o rappresentati da mandatari speciali, è evidente che tale dichiarazione fa fede contro di loro.

Non si può allora contestare la filiazione del fanciullo che negando la identità del medesimo, quando egli non abbia a suo favore un possesso di stato costante (20).

595. Se è stata fatta dal padre soltanto, presente all'atto di nascita, (ed è il caso ordinario) la sua dichiarazione fa una prova completa della maternità della moglie, poichè non viene, in sostanza, a dichiarare altro se non che il fine legittimo della loro unione è compito. D'altronde la legge gli fa un dovere di dichiarare la nascita di suo figlio, e lo punisce se trascura di farlo *(Art. 373 404).*

Questa maternità adunque non potrebbe essere contestata che negando la identità del reclamante.

596. Ove sia la madre quella che presenta il figlio all'Uffiziale dello stato civile, esiste una ragione di più onde la sua dichiarazione faccia fede contro il marito, perchè la maternità provata porta seco la prova della paternità in forza dell'*Articolo* 159 secondo il quale il figlio concepito durante il matrimonio ha per padre il marito.

Ed appunto, stante questa presunzione legale di paternità, se la madre dichiarasse, che il figlio appartiene ad altri che a suo marito, tale dichiarazione, mentre farebbe prova completa della di lei maternità, sarebbe poi inattendibile per quello che riguarda la paternità. — Lo stato dei figli è fissato al momento della loro nascita : sono la natura e la legge che loro attribuiscono la legittimità, non già lo dichiarazioni del padre o della madre (21).

597. La dichiarazione di nascita può essere fatta da altre persone che non dal padre o dalla madre. — L'*Articolo* 373 prescrive che, in mancanza della dichiarazione del padre essa deve farsi » *dal » dottore di medicina o chirurgia, o dalla » levatrice, o da qualche altra persona che » abbia assistito al parto, o se la puerpera » era fuori della sua ordinaria abitazione, » dal capo della famiglia o dall'uffiziale » delegato dello stabilimento in cui ebbe luo» go il parto.* »

La dichiarazione di queste persone, alle quali la legge ne fa un obbligo speciale, ha certamente un valore uguale alla dichiarazione di nascita fatta dal padre o dalla madre, perchè attestano di un fatto, quale è il parto della donna, di cui hanno conoscenza certa e positiva. La loro fede su quel fatto, che d'altronde non è che onorevole per la madre di famiglia, non può essere sospetta. E quantunque non abbiano una conoscenza certa della paternità, ciò non ostante la loro dichiarazione fa piena prova della legittimità del figlio.

Provata infatti la maternità di una donna maritata la legge presume la paternità. Cosa importa che queste persone non conoscano il padre del bambino ! La

(20) Vedi — *Cass. 9. Dec. 1829. Ducayla — Orleans 7. janv. 1831. memes parties.*

(21) Paris 28 juin 1819, Bonafoux — *Duranton Tom. 3. n.° 115,*

legge lo conosce, essa lo nomina; è il marito della moglie.

Lo stesso sarebbe se dette persone nel dichiarare la nascita del fanciullo indicassero un padre sconosciuto, o altri che il marito. Questa seconda parte della loro dichiarazione sarebbe senza forza perchè contraria alla presunzione della legge

598. Nè potrebbe dirsi che, se l'atto di nascita prova la maternità, cioè che il fanciullo è figlio della moglie, prova nello stesso tempo che egli non è figlio del marito.

Non è questo il caso in cui si renda applicabile la teoria sulla *indivisibilità* delle prove. Questa teoria è stabilita a riguardo della confessione o delle dichiarazioni giudiziarie *(Art. 1360)* perchè non vi è motivo alcuno per attenersi a una parte della confessione piuttostochè all'altra, quando specialmente manchi ogni altro elemento di prova. — Ma non è così di un *atto* di nascita che indica il nome della madre, e quello di un padre sconosciuto. La maternità è un fatto certo fondato sopra delle prove fisiche, mentre la paternità è un fatto segreto la di cui conoscenza è unicamente fondata sopra delle presunzioni. La cognizione che si può avere dal primo fatto fa che il *titolo* meriti credibilità intiera sopra questo punto, mentre la cognizione imperfetta che si può avere dal secondo fatto fa che la enunciazione del titolo non provi altra cosa che l'ignoranza o la credenza particolare di coloro che l'hanno adottato. Ora questa credenza che può essere erronea, o anche motivata da malevolenza, non può distruggere la presunzione legale della paternità che resulta dal matrimonio. — Si può quindi *scindere* il *titolo*, accettarlo per stabilire la maternità, rigettarlo per quello che riguarda la paternità. — In modo diverso si verrebbe ad ammettere una eccezione alla presunzione legale di paternità che non si trova scritta nella legge.

599 Finalmente la dichiarazione della maternità perde tutta la sua forza quando sia fatta da persone alle quali la legge non ne impone l'obbligo, cioè allorchè il bambino non è presentato dal marito, nè da alcuno di coloro che hanno assistito al parto della madre, nè dalla persona presso della quale essa ha partorito. La loro dichiarazione non fa prova veruna contro la donna designata per madre e tanto meno contro il di lei marito. — Tanto è ciò vero, che l'*Articolo* 376, contemplando il caso in cui la dichiarazione sia fatta da persone che non hanno tal missione dalla legge, prescrive che nell'*atto* di nascita non deve enunciarsi che il nome, cognome, professione, domicilio della madre, purchè per altro consti per *atto* autentico che questa acconsente alla dichiarazione.

§ 2.°

Prova della filiazione per il possesso di stato, e per testimoni.

600. Colui che in forza della nascita è stato collocato in questa o quella famiglia, che ne ha portato il nome in qualità di figlio, che come tale è stato trattato e riconosciuto, deve essere mantenuto nel godimento dei diritti e dei vantaggi che ha acquistato.

Questo godimento costituisce il *possesso di stato*, che in mancanza di *titolo*, ossia dell'atto di nascita, fa prova della *filiazione (art. 171)*.

601. Ma se la legge deve proteggere il figlio, deve ugualmente invigilare che agli eredi non venga turbato il godimento dei loro beni. — La famiglia è una proprietà sacra, alla quale non si può essere ammessi se non con un titolo legittimo o con un possesso equivalente al medesimo.

All'effetto quindi di provare la filiazione deve il *possesso* resultare (come dispone *l'Articolo* 172 » *da una serie di* » *fatti che nel loro complesso valgano a di-*

» *mostrare le relazioni di filiazione e di* » *parentela fra un individuo e la famiglia* » *a cui egli pretende di appartenere* »

602. Gli elementi principali di questo possesso sono i seguenti » *Che l' individuo abbia sempre portato il cognome del* » *padre che egli pretende di avere — che* » *il padre lo abbia trattato come suo figlio* » *ed abbia provveduto in questa qualità al* » *mantenimento, all' educazione, ed al collocamento di lui — che sia stato costantemente riconosciuto come tale nella società* » *— che sia stato riconosciuto in tale qualità dalla famiglia* » *(Detto art. 172).*

Questa enumerazione redatta, come si vede, in un modo meramente *enunciativo*, non ha per scopo di escludere altri fatti, no di subordinare il *possesso di stato* al cumulativo concorso di quelli in cotal modo enumerati, ma solamente di illuminare la religione dei magistrati col proporre loro degli esempi che possano servire di *modello* nei relativi giudizj.

603. Se il *possesso di stato* prova la filiazione non dispensa però colui che lo invoca dalla prova del matrimonio dei suoi genitori.

L' *Articolo* 171. attribuendo al possesso la efficacia di provare lo *stato* di figlio legittimo presuppone che il matrimonio del padre e della madre sia giustificato, poichè non vi può essere *legittimità* se non deriva dal matrimonio.

L' unico caso nel quale il figlio è dispensato dal provare il matrimonio dei suoi genitori si è — quando i medesimi abbiano vissuto pubblicamente come marito è moglie, siano morti ambidue, e che la legittimità del figlio sia provata da un possesso di stato che non si trovi in opposizione coll'atto di nascita *(Articolo* 120.) (22)

604. Avvertiremo ancora — che sebbene la maggior parte dei fatti enumerato nel rammentato *Articolo* 172 non si riferiscono che al padre, la prova del *possesso di stato* dove farsi simultaneamente ed indivisibilmente tanto a riguardo della madre, che a riguardo del padre — che questa prova può farsi tanto con titoli personali al figlio quanto con atti ad esso estranei (23) — e che il determinare se i fatti all'appoggio dei quali si intende stabilire il *possesso* siano in numero sufficiente, o se siano conflittati da fatti contrari, è abbandonato al potere discrezionale dei tribunali. (24)

605. La filiazione può provarsi anche col mezzo di testimoni — quando mancano l'atto di nascita ed il possesso di stato — o quando il figlio fù iscritto sotto falsi nomi o come nato da genitori incerti — ovvero si tratta di supposizione o sostituzione di parto *(Art. 174).*

Ma non sempre ed indistintamente è ammesso questo mezzo di prova. La legge richiede che vi sia un principio di prova per iscritto, oppure la esistenza di fatti tali da indurre una grave presunzione della verità di quanto si reclama: *(Art. 174 capov.)*

Per quanto fragile e pericolosa possa riuscire la prova testimoniale nelle contraversie di *stato* è giusto però che

(22) Per le leggi Romane l'individuo che godeva dello stato di figlio legittimo non era obbligato di provare ne la sua filiazione ne il matrimonio dei suoi genitori — La prova di questo matrimonio si suppliva di diritto allorchè essi avevano vissuto pubblicamente come marito e moglie, avevano avuto dei figli, e gli avevano allevati come frutto di una unione legittima. Resulta evidentemente dalla Legge 9; *Cod. de nuptiis* « *Si vicinis vel aliis* « *scientibus, uxorem procreandorum causa do-* « *mi habuisti et ex eo matrimonio filia suscep-* « *ta est. quamvis neque nuptiales tabulae ne-* « *que ad natam filiam pertinentes factae sunt* « *non ideo minus veritas matrimonii, aut su-* « *sceptae filiae, suam habet potestatem* »

(23) *Zachariae. pag. 657.*

— *Grenoble 5. Fevrier 1807. Breton c. Thieriot.*

(24) *Cass. 8. janv. 1806. Robin — 27. Nov. 1853 Delamarine c. de Bennis.*

il figlio sia ammesso con questo mezzo a giustificare la sua legittimità quando, per cause a lui estranee, non ha potuto procurarsi una prova documentale, o d'altronde esistono fatti tali da fare apprendere in antecedenza la giustizia delle sue domande. (25)

606. L' *Articolo* 175 traccia chiaramente i caratteri del *principio* di prova per iscritto: esso deve resultare » *dai documenti di famiglia, dai registri e dalle carte private del padre e della madre dagli atti pubblici e privati provenienti da una delle parti impegnate nella controversia*, o *che vi avrebbe interesse se fosse in vita* »

Si potrebbero quindi considerare come principio di prova, per esempio — l'atto col quale il marito si obbliga di pagare una somma ad un fanciullo — o il riconoscimento che il medesimo avesse fatto della gravidanza di sua moglie, e la testimonianza di questa in favore del figlio, specialmente poi quando ambidue articolassero dei fatti gravi che avessero impedito di fare constatare la nascita (26).

Ma non si potrebbe attribuire questo carattere — alla sola dichiarazione della moglie specialmente se questa dichiarazione avesse avuto luogo dopo lo scioglimento del matrimonio — nè ai *legati* che potessero essere stati fatti ad un individuo da un membro della famiglia alla quale egli pretende di appartenere (27).

607. Non importa che gli indizi ed i fatti dai quali resulta il *principio* di prova siano consegnati negli *scritti*, nè specialmente negli *scritti* emanati dalle persone interessate; basta, dice l'*Articolo* 174 che » *le presunzioni e gli indizi risultanti da fatti già certi si trovino abbastanza gravi per determinarne l'ammissione* » vale a dire, che i fatti siano riconosciuti dalle parti, e la loro esistenza sia dimostrata ai giudici altrimenti che colla prova che si richiede.

608. Siccome la prova contraria è sempre di diritto, così l'Articolo 176, stabilisce che può darsi » *con tutti i mezzi propri a dimostrare che il reclamante non sia figlio della donna che egli pretende avere per madre, oppure che non sia figlio del marito della madre quando fosse provata la maternità* ».

Dunque gli interessati hanno facoltà di provare contro il reclamante non solo che esso non è il figlio della madre, ma che non è il figlio del di lei marito. E ciò con tutti i mezzi propri a dimostrarlo.

609. Non vi è veruna difficoltà in quanto concerne la prova negativa della maternità, o perchè la donna non abbia all'epoca designata dato alla luce un figlio, o perchè il fanciullo partorito non sia quello stesso che reclama il di lui posto. Ma la difficoltà può sorgere relativamente ai *limiti* della prova negativa della paternità.

610. La presunzione legale stabilita dall'Articolo 159, che il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio protegge colui che reclama il suo stato civile, benchè non abbia a proprio favore nè *titolo* nè *possesso*, poichè lo ammette a giustificarlo col mezzo di testimoni. — Provato che il reclamante è nato dalla tal donna, e che questa donna all' epoca del di lui concepimento era maritata, esso ha diritto di concludere che ha per padre il marito. — Il delitto o la imprudenza per cui si è tentato sopprimere il suo *stato* non potrebbero pregiu-

(25). Le leggi Romane ritenevano insufficiente questa prova nelle questioni di stato come rilevasi dalla *Leg. 2. Cod. de testibus « Si tibi controversia ingenuitatis fiat « defende causam tuam instrumentis et argu- « mentis quibus potes, soli enim testes ad in- « genuitatis probationem non sufficiunt »*.

(26 *Paris. 31. juillet 1807. Icanne — Sophie. c. Sirot — Metz 16. aout. 1816. Plagnieux c. Campanella.*

(27) *« Paris 11. juin 1814. Coumiobeux c. d'Argenee » Aix 22. Dec. 1825. S. e. de Gadeucl et Caillot.*

dicargli; egli deve essere reintegrato nella situazione in cui si trovava al momento della sua nascita.

Ora l'accordare, come fa l'Articolo 176, agli interessati la facoltà di giustificare con tutti i mezzi propri a dimostrarlo, che il reclamente non è figlio del marito della madre, toglie alla presunzione di paternità quel carattere che gli venne attribuito di presunzione *juris et de jure* per ridurla ad una presunzione ordinaria che non ha altra forza se non se di dispensare il reclamente stesso dal provare che egli è figlio del marito di sua madre, ma che può essere conflittata e distrutta da presunzioni più forti.

611. Per quanto siano differenti tra loro la disposizione dell'Articolo 159, che desume dal concepimento durante il matrimonio una presunzione legale di paternità, e la disposiziono dell'Articolo 176 che accorda agli interessati il diritto di dimostrare con qualunque mezzo che il reclamante non è figlio del marito della madre, questa differenza però ha la sua ragione di essere nella posizione stessa delle cose.

Quando un figlio non ha ne possesso ne titolo, o allorchè è stato iscritto sia sotto falsi nomi, sia come nato da padre e madre incogniti, ne resulta una presunziono fortissima che egli non appartiene al matrimonio. Se, non ostante, vuole introdursi nella famiglia col favore delle presunzioni, dello lettere, dolle confessioni dei fatti stabiliti dai testimoni è giusto di esaminare se questi fatti, anche provando che egli è figlio della moglie, non provino nello stesso tempo che egli non è figlio del marito, o che è nato da una unione illegittima.

Giusta e razionale adunque è la disposizione doll'Articolo 176. — Tuttociò cho la legge poteva di più in favore dell'individuo, che senza titolo, senza possesso di stato non stabilisce la sua filiazione che col mezzo della prova testimoniale, si è di non esigere che, dopo aver provata la maternità, sia obbligato di provare ancora cho egli è il figlio del marito della madre, e di dispensarlo da questa ultima prova.

612. Ammesso che gli avversari del figlio, che reclama il proprio stato all'appoggio di testimoni, possano giustificare con tutti i mezzi la non paternità del marito, non può intendersi limitata questa facoltà ai casi di eccezione indicati negli Articoli 162 e 163, cioè al caso della impossibilità fisica di coabitazione per l'allontanamento, la impotenza, o la separazione personale.

Così la semplice impossibilità *morale* di coabitazione basta per ammettere la eccezione della non — paternità del marito (28). — L'articolo 176. non esige che l'adulterio della moglie sia accompagnato dal celamento della nascita del figlio. Esso permette indefinitamente alle parti interessate di contestare la legittimità, di proporre i fatti propri a stabilire che il reclamante non è il figlio della madre che ha ritrovato.

613. Noteremo per ultimo, che la prova testimoniale della filiazione non può essere ammessa che in favore di colui che non ha *stato*. Colui che ha per titolo un atto di nascita ed un possesso di stato conforme a questo titolo non può reclamare uno stato contrario *(art. 173)* fuori che si tratti di supposizione o sostituzione di parto *(art. 174)*.

CAPITOLO TERZO

—

Delle azioni.

SOMMARIO.

614. 615. Azione di rifiuto di paternità.
616. A chi competa.
617. Vivente il marito nessuno può esercitarla in suo nome. — Se lo possa il tutore del marito interdetto.

(28) *Merlin v. Legitimité sect. 2 § 1. n.° 7.*

614. Dopo avere esposto i principi generali che regolano la materia della filiazione sia per ciò che riguarda la presunzione legale di paternità e le sue eccezioni, sia per quello che ne concerne specialmente la prova, dobbiamo a complemento, esaminare i *mezzi* coi quali la Legge autorizza a reclamare o contestare la *legittimità*.

Questi *modi o mezzi* si concretano nelle azioni — di *rifiuto* e *contestazione di legittimità* — e di *reclamazione di stato*, di cui andiamo a parlare distintamente negli *articoli* seguenti.

ARTICOLO PRIMO

Della azione di rifiuto e della contestazione di legittimità.

615. Oggetto speciale della azione di *rifiuto* di legittimità si è quello di fare escludere dalla famiglia il figlio che vi si trova sotto la protezione della regola *» che il marito è padre del figlio concepito durante il matrimonio »* (*Art.* 159) — Con tale azione non si contesta ne la sua identità, ne il matrimonio della madre, ma solo che esso è nato da altri che dal marito (29). — E poichè nascendo, è posto nella famiglia ed è nel possesso dello stato di legittimità, che conserva finchè non gli venga tolto da una pronunzia giudiziaria, così l'azione diretta a questo fine viene a rivestire il carattere di una vera azione *petitoria*, in mancanza della quale il figlio resta nello stato nel quale è nato.

616. L'azione di *rifiuto* compete principalmente al marito. — La madre non può *disconoscere* il figlio che essa ha dato alla luce, può solo contestarne la *identità*; ma questa non è una vera azione di *rifiuto*, ma una *contestazione* di stato colla quale si ricusa di riconoscere per figlio colui che, usurpando un falso nome, pretende di essere il figlio da lei partorito in una epoca determinata.

617. Vivente il marito niuno ha facoltà di esercitare questa azione in suo nome — egli solo è giudice del fatto sul quale può fondarsi il *rifiuto* — se osserva il silenzio nessuno può muoverne reclamo. Quindi non sarebbero ammessi ad intentarla ne i parenti, in questa loro qualità ne i creditori, e neppure, in caso di assenza, gli eredi presunti che avessero ottenuto il possesso provvisorio dei beni, ed

(29) *Duranton Tom. 3. n.° 64. 65.*

ancorchè il figlio fosse concepito e nato dopo l'assenza (30).

Ma lo potrà il tutore del marito interdetto....? — Questa questione risoluta in senso affermativo da Merlin, e dalla Corte di cassazione di Francia (31), pare a noi, che debba ottenere la stessa risoluzione di fronte alle disposizioni del nostro Codice. Infatti l'interdetto è in stato di tutela *(art. 329)*; il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta negli atti civili, e ne amministra i beni *(art. 277)*. Dunque ha qualità per *agire* tutte le volte che vi sia luogo di prevenire o di respingere un attentato alla persona, allo stato o ai beni di colui che rappresenta: ed anche in caso di *reclamazione di stato* per parte del figlio sarebbe la sola parte competente per stabilire, provata la maternità, che il reclamante non è il figlio del marito della madre. — D'altronde se l'azione di *rifiuto*, come ora vedremo, può esercitarsi dagli eredi *(art. 161)*, non vi sarebbe ragione per non accordare la stessa facoltà al tutore, il quale è chiamato dalla legge a proteggere e difendere colui che, per infermità di mente è incapace di provvedere ai propri interessi.

618. Se questa azione non può, vivente il marito, proporsi che da lui solo, è però trasmissibile agli eredi *(art. 161)*, perchè essi lo rappresentano a titolo universale, e succedono in tutti i suoi diritti e in tutte le sue azioni.

La *trasmissione* ha luogo qualunque sia il fatto che motiva il *rifiuto* — Così gli eredi possono esercitare l'azione fondata sulla impotenza del marito, o sopra l'adulterio ed il celamento della nascita del figlio. — Ugualmente possono esercitarla se il figlio fosse nato avanti il centottantesimo giorno dal matrimonio, ove non fosse provato che il marito avesse avuto conoscenza della gravidanza avanti la celebrazione (32).

Essi ne godono individualmente per modo che la renunzia o la decadenza incorsa da alcuno di loro non può essere opposta agli altri. Di più la trasmettono a tutti coloro che hanno diritto di esercitare le loro azioni, e segnatamente ai loro creditori, inquantochè questa azione, relativamente agli eredi, non riposa che sopra un interesse pecunario (33).

619. Ma agli eredi del marito soltanto, non ad altri, è trasmissibile l'azione di *rifiuto (art. 161. 167)*. Gli eredi della moglie, comunque interessati grandemente a far dichiarare illegittimo il figlio per succedere alla madre in di lui pregiudizio, non avrebbero facoltà di proporla, perchè non possono avere diritti maggiori della loro autrice.

620. Il sentimento che muove il marito a disconoscere il figlio di cui la sua moglie è divenuta madre è un sentimento vivo e violento che nasce dalla convinzione di un oltraggio ricevuto: ma il rifiuto può essere ancora dettato da un trasporto di gelosia che il tempo e la riflessione possono dissipare.

La legge ha quindi determinato un termine dentro il quale deve proporsi l'*azione* per non lasciare nel dubbio e nella incertezza lo *stato* del figlio, ed ancora per assicurarsi che l'*azione* che si intenta è il frutto di una matura risoluzione.

621. Questo termine è — di due mesi se il marito si trova nel luogo ove è nato il figlio — di tre mesi, dopo il suo ritorno, se era assente, — ugualmente di tre mesi dopo scoperta la frode quando

(30) *Zachariae pag. 645.*
« *Toulouse 14. juill. 1827 Gayrand c. Vernus » 27. Dec. 1828. Beyres c. Seguy.*

(31) *Merlin Quaest. de droit v Legitimite § 8 — Cass. 21. juill. 1841. (Tom. 1. 1841. p. 363) Taillandier c. Landwertin »*

(32) *Duranton Tom 3 n.° 73. 74.*
« *Toullier n° 811.*

(33) *Duranton n.° 71.*
« *Zachariae p. 645. 646.*

gli fosse stata tenuta celata la nascita *(art. 166)*.

L'azione deve essere proposta dentro questi termini a pena di decadenza; ciò rilevasi chiaramente dal modo assoluto ed imperativo col quale è concepito l'Articolo 166. » *deve proporre la sua doman- » da nei seguenti termini ec.* »

622. Il punto di partenza per la decorrenza del termine di due mesi è il giorno della nascita, e la *domanda* proposta fuori di questo periodo di tempo è inefficace, perchè l'ultimo giorno del *termine* è compreso nel termine: » *entro due mesi* » dice l'articolo 166 surramentato.

623. Si dispone inoltre, che l'azione di rifiuto deve proporsi » *entro tre mesi » dopo il suo ritorno nel luogo in cui è » nato il figlio, od in cui è stabilito il do- » micilio coniugale se era assente* ».

Questa parola *assente* adoperata dalla legge deve apprendersi nel suo significato *giuridico*, oppure nel suo significato grammaticale...? Vale a dire, il termine di due mesi accordato al marito dovrà limitarsi al caso di assenza *dichiarata* o *presunta* oppure può estendersi al caso della *non — presenza*...?

È logico ammettere che la parola *assente* sia adoperata nel senso *giuridico* per indicare, cioè, colui del quale la vita o la morte è ugualmente incerta. Quando la legge ha voluto indicare la *non — presenza* non si è servita della parola *assenza* ma bensì di quella di *allontanamento* come nell'*Articolo* 162, nel quale si parla della impossibilità fisica di coabilazione per l'*allontanamento* del marito. Questa diversità di vocaboli sta certamente ad esprimere idee diverse, poichè di fronte alle *regole* di interpetrazione, non è dato supporre una improprietà di linguaggio nelle disposizioni della legge. — Non basta. L'*Articolo* 166, adopera ancora la parola *ritorno*, parola che si trova usata dal Codice relativamente alla vera e propria assenza, come negli Articoli 33 e 39 » *se l'assente ritorna* etc. » — Ora questa identità *di vocaboli* fa ragionevolmente supporre che identico sia il significato ai medesimi attribuito.

Ma poi quale è la ragione di accordare un periodo di tempo maggiore al marito *assente* che al marito che si trova sul luogo della nascita....? Certamente per le maggiori difficoltà che il marito assente può incontrare per giungere a conoscenza dell'avvenimento. Ma questa difficoltà non può sicuramente supporsi quando si tratta di semplice allontanamento per giorni, o per ore.

Noi inclinamo quindi a ritenere, non ostante la opinione contraria di qualche Scrittore (34), che il termine di tre mesi a disconoscere il figlio sia accordato dall'articolo 166, al marito che è stato *assente* nel vero e proprio significato della legge, e non già al marito che non fosse *presente* nel luogo della nascita per causa di allontanamento.

624. Il termine dei tre mesi non decorre contro il marito, che dal giorno del suo ritorno, non già nel Regno, nella Provincia, o nel Circondario, ma bensì sul luogo in cui è nato il figlio o è stabilito il domicilio coniugale *(art. 166)*; anche quando in antecedenza fosse stato avvertito della nascita (35).

625. Ugualmente è accordato al marito il termine di tre mesi a disconoscere il figlio, quando gli sia stata tenuta celata la nascita.

Questo termine incomincia a decorrere dal giorno della scoperta della frode *(art. 166)*, dal giorno cioè nel quale egli ne ha acquistato la prova completa, non da quello in cui ha potuto supporla, poichè senza avere la certezza del fatto non potrebbe essere in grado di giudicare sulla convenienza o no di proporre l'*azione di rifiuto*.

Tuttavia ciò è applicabile al caso del

(34) *Vedi Toullier n.' 839.*
— *Zachariae pag. 646.*
(35) *Zachariae Ib. note 14.*
— *Paris 9. Aout. 1813. Fexier.*

figlio che ha a suo favore il titolo di filiazione legittima, poichè se il medesimo fosse stato iscritto sù i registri dello stato civile sotto dei nomi supposti, non sarebbe più luogo alla azione di *rifiuto* ed alla osservanza del termine prescritto, ma sarebbe luogo invece alla azione di contestazione di legittimità (36).

626. Assegnando la leggo il termine di tre mesi a disconoscere il figlio dal giorno della scoperta della frode, presuppone necessariamente che il marito sia in stato di apprezzare l'avvenimento. — Ma quando fosse affetto da infermità mentale non si potrebbe parlare di scoprimento o di conoscenza di frode se non se a datare dal momento in cui avesse recuperato le sue facoltà.

627. Avvertiremo inoltro — che incombe al marito di provare che egli è nel caso di eccezione preveduto dalla legge, per esempio, che era assente al momento della nascita, o che questa nascita gli è stata celata, e che il suo ritorno o la scoperta della frode non rimontano al di la dei tre mesi dal giorno nel quale ha proposto la sua domanda — che è rimesso alla prudenza dei tribunali lo stabilire, dietro le circostanze, se il marito abbia avuto conoscenza della nascita, e conseguentemento se il rifiuto sia *tardivo*.

628. Si è detto che l'azione di *rifiuto* è trasmissibile agli eredi. — Essi possono proporla in tutti i casi nei quali è permesso al loro autore. — Solo esiste una differenza riguardo ai termini. Ecco ciò che dispone l'Articolo 167. » *Se il marito muore senza aver promosso l'azione ma prima che sia decorso il termine utile, gli eredi avranno due mesi per impugnare la legittimità del figlio, computabili dal tempo in cui egli sarà entrato nel possesso dei beni del defunto, o dal tempo in cui gli eredi fossero turbati dal figlio in tale possesso* ».

Due quindi sono le condizioni che devonsi verificare perchè gli eredi possano profittare del termino di due mesi che loro accorda la legge — che il loro autore sia morto senza avere promosso l'azione — che non sia decorso il termino utile ad intentarla.

629. Il punto di partenza per la decorrenza del termine è, come dichiara il citato *Articolo* 167, il tempo in cui il figlio, del quale si intende impugnare la legittimità, è entrato nel possesso dei beni del defunto, o il tempo in cui gli eredi fossero turbati dal figlio in tal possesso.

Ciò non ostante gli eredi non sono obbligati, per promuovere l'azione, di attendere che il figlio si sia messo in possesso dei beni del preteso padre, o che gli abbia turbati nel possesso, poichè il termine dei due mesi è tutto a loro vantaggio, e possono renunziarvi.

Onde poi le *turbative* siano tali da stabilire la data alla decorrenza del termine, bisogna che siano state dirette contro gli eredi, sia pure stragiudicialmente, ma sempre contro di loro — Perlochè la semplice cognizione che avessero gli eredi delle pretese dol figlio per farsi riconoscere come figlio naturale del defunto, e dei passi, e delle pratiche da lui fatte in proposito, non sarebbero queste tali turbative per fissarvi il punto di partenza alla decorrenza del termine dolla azione (37).

630. La domanda di rifiuto di paternità deve essere proposta nelle forme ordinarie davanti i tribunali competenti. — Qualunque atto stragiudiziale tanto per parte del marito quanto per parte dei suoi eredi sarebbe inefficace, poichè l'Articolo 166, prescrive in modo assoluto che

(36) *Bordeaux* 3. *juill. 1843. (Tom. 2. 1844 p. 168) Lestrade de Conty c. de Lachapelle.*

(37) *Duranton n.° 88.*
— *Cass. 21. Mai 1817, Fraise c. Canville.*

la domanda deve essere proposta « *giudizialmente* ».

631. Se il figlio è maggiore di età, la domanda è diretta contro di lui; se è minore o interdetto si propone in contraddittorio di un curatore deputato dal tribunale davanti il quale è promosso il giudizio — Nell'un caso e nell'altro deve essere chiamata la madre come quella che ha il maggiore interesse a difendere il proprio onore e lo stato del figlio *(Art. 168)*.

632. Tanto il tutore quanto la madre possono far valere non solamente le eccezioni di inammissibilità contemplate dall'Articolo 161, ma ancora tutti i mezzi di difesa atti ad ottenere il rigetto della domanda. — Per esempio, il figlio nato prima dei centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, benchè si presuma concepito avanti, può non ostante appartenere al marito se il matrimonio fosse stato preceduto da un commercio tra i due sposi. Così, quantunque la nascita prematura del figlio dispensi il marito dal somministrare altre prove in sostegno della sua azione, il tutore può articolare contro il medesimo i fatti della intimità o ancora della coabitazione con la madre, per concluderne che, avendo conosciuto la madre, ha ancora dovuto conoscerne la gravidanza, e che egli è il padre del figlio. Questi fatti possono giustificarsi con ogni genere di prova ma il marito, per la sua parte, può combattere questi mezzi di difesa con dei fatti contrari, per esempio, che è stato lontano, o che non conosceva la donna all'epoca del concepimento del figlio.

633. Gli effetti della azione di *rifiuto* sono i seguenti.

Se la domanda formata dal marito o dai suoi eredi è ammessa, il figlio è rigettato dalla famiglia, e gli è interdetto di portare il nome del marito.

Se la domanda è rigettata, la sentenza resa contro il marito o i suoi eredi fa legge per tutta la famiglia, e lo stato del figlio non può essere contestato neppure dai parenti della madre perchè soltanto il marito ed i suoi eredi sono i legittimi contradittori. (38)

634. Relativamente agli effetti della *domanda* nella pendenza del giudizio è da avvertirsi — che se l'azione è diretta contro un figlio concepito durante il matrimonio, siccome la presunzione della paternità è a di lui favore ed in tutta la sua forza, così non potrebbe essere tolto al medesimo il possesso dei beni; ed ove gli eredi del marito si fossero impadroniti di tutti o parte dei beni della successione, l'azione promossa non li dispenserebbe da farne la restituzione.

Se poi l'azione è diretta contro un figlio nato durante il matrimonio, ma concepito avanti, comunque il medesimo abbia contro di se la presunzione della legge, ciò non ostante deve essere mantenuto nel possesso dei beni perchè il solo fatto della nascita lo costituisce nel possesso provvisorio di legittimità, la quale non può essergli tolta che in forza di una pronunzia giudiziaria (39).

635. Quantunque lo *stato* delle persone non derivi che della legge, ciò non ostante coloro che hanno interesse a proporre l'*azione* possono trovare nel loro *operato* un ostacolo ad intentarla utilmente. — Ciò si verifica specialmente per il fatto del *riconoscimento* della paternità, e per la *renunzia*.

636. L'Articolo 161, come già abbiamo osservato superiormente *(n.° 567)*, nega al marito il diritto di disconoscere la paternità del figlio — quando sia stato consapevole della gravidanza prima del matrimonio — quando abbia assistito all'*atto di nascita*, inquantochè desume da tali circostanze un riconoscimento tacito della paternità. Ma questa disposizione non è *limitativa*. Qualunque riconoscimento, per parte del marito, consegnato ad

(38) *Duranton n.° 99, 100.*

(39) *Toullier. n.° 844.*

un atto autentico o anche ad un atto privato, basterebbe per rendere il medesimo non *ricevibile* a contestare in seguito lo *stato* del figlio; e ciò tanto meno potrebbero fare i di lui eredi dopo la sua morte, non potendo essi avere diritti maggiori del loro autore. — Bisogna, per essere ammessi ad impugnare la filiazione, che il marito non abbia lasciato sfuggire, sia al momento del matrimonio, sia al momento della nascita, sia dopo, verun segno, nessuna confessione espressa o tacita della sua paternità. Se egli avesse creduto che il figlio non gli appartenesse nessun atto avrebbe dovuto smentire questa sua opinione: se ha variato di sentimento non è più *ricevibile* a rifiutare al figlio lo *stato* che fino allora non gli ha contestato.

637. La renunzia espressa o tacita del marito estingue irrevocabilmente l' *azione* la quale non può essere intentata dai suoi eredi quantunque sia morto dentro il termine *utile* a proporla. — Il figlio può adunque essere ammesso a provare tutti i fatti dai quali si può indurre, per parte del marito, una renunzia al suo diritto. — Il marito, dopo la moglie, è il solo giudice della sua paternità; se renunzia all' *azione* che gli accorda la legge niuno può muoverne lamento.

---

638. Dobbiamo ora parlare brevemente della azione di *contestazione* di *legittimità*.

639. Colui che è nato e concepito dopo lo scioglimento del matrimonio, essendo respinto dalla regola » *pater est quem* » *justae nuptiae demomstrant* » nasce nello stato di figlio naturale: egli rimane in questo stato se non cerca sortirne; i parenti del marito o della madre non hanno niente a domandargli. Se aspira allo stato di *legittimità* egli si rende attore, e forma una azione *petitoria* che si può respingere contestando a lui la *legittimità* che reclama.

Ma un figlio, comunque abbia contro di se la presunzione legale della paternità può non ostante trovarsi nel possesso dei diritti inerenti allo *stato* di figlio legittimo. Per respingere questo individuo dalla famiglia, alla quale è estraneo, occorre impugnare la sua legittimità.

Un doppio carattere quindi può rivestire la contestazione di legittimità, cioè, di *eccezione* quando sia opposta ad una azione di reclamazione di stato, di *azione* quando si tratti di far dichiarare illegittimo ed usurpato lo stato occupato dal figlio. — Questo doppio carattere appunto le viene attribuito dall' Articolo 169. » *La legittimità del figlio nato trecento gior-* » *ni dopo lo scioglimento o l'annullamento* » *del matrimonio può essere impugnata da* » *chiunque vi abbia interesse* »

640. Questa azione compete ad ogni persona che vi abbia interesse; non importa che questo interesse sia attuale e pecuniario; basta che un interesse vi sia. — Quindi possono proporla tanto i parenti materni, quanto i parenti paterni, i legatari, i creditori, ed ancora il figlio stesso, il quale preferisca la qualità di figlio naturale a quella di figlio legittimo (40). L' Articolo 169 non esclude alcuno » *chiunque vi abbia interesse* ».

641. La legge non prescrive verun termine alla *contestazione di legittimità*, poichè il più delle volte essa non è che la eccezione, la difesa contro l'azione di colui che tenterebbe introdursi in una famiglia dove non è nato. — La *eccezione* deve durare quanto la *domanda*; e poichè l'azione in reclamazione di stato è imprescrittibile *(art. 177)*, tale deve essere pure la eccezione.

ARTICOLO SECONDO

Della azione per reclamazione di stato.

642. L' azione per reclamazione di stato è quella che viene intentata dal figlio

(40) *Duranton Tom. 3. n.° 73. 75.*

allo scopo di far dichiararo la propria legittimità. — Per regola non compete che al figlio; però nel concorso di dato condizioni è trasmissibile agli eredi.

643. La legge *(Art. 178)*. contempla in proposito due ipotesi — che il figlio abbia già promossa questa azione — che non l'abbia promossa.

644. Allorchè è stata promossa, l'azione trapassa negli eredi come qualunque altro diritto della successione, ed i medesimi possono proseguirla purchè non vi sia stato *recesso* o *perenzione* d'istanza, *(art. 178 capov.)*

Vi è *recesso* quando il figlio desisto formalmente dal suo reclamo; *perenzione* quando egli abbia lasciato passare tre anni senza fare alcun atto di procedura *(art. 338. Cod. di proc. civ.)*

Ma la *perenzione* formerà contro gli eredi una eccezione di inammissibilità....? Noi crediamo che no, perchè la *perenzione* non estingue l'azione, ma rende nulla soltanto la procedura *(art. 341, Cod. di proc. civ.)*; e siccome il figlio, se fosse vivente, potrebbe introdurre nuovamente questa azione, così lo stesso diritto deve competero ai di lui eredi. (41).

645. Se il figlio non ha promosso l'azione, gli eredi e discendenti del medesimo non possono intentarla se non se quando il figlio sia morto nella otà minore, o nei cinque anni dopo la sua maggiore età, *(art. 178)*.

Morendo il figlio in una età nella quale era incapace di esercitare i propri diritti, il suo silenzio non può apprendersi come una renunzia all'esperimento della azione, o come argomento di insussistenza della medesima. — Ma non è così quando, raggiunta l'età maggiore, ha lasciato decorrere ancora cinque anni senza muovere reclamo: la legge suppone allora che abbia riconosciuto di non avere avuto giammai dei diritti, e che per conseguenza non ha potuto trasmettere ai suoi eredi.

646. L'azione in reclamazione di stato, allorchè il figlio è morto nolla età minore o nei cinque anni dopo la sua maggiore età, può essere intentata, dice il citato Articolo 178. dai suoi *eredi* e *discendenti*, cioè da tutti coloro che gli succedono a titolo universale. Quindi coloro che non rivestono questa qualità non hanno diritto di proporla, come i parenti del figlio che non siano suoi eredi, i donatari o legatari a titolo particolare, ed i creditori. (42)

647. Essendo lo *stato* di figlio legittimo una qualità essenzialmonte inerente alla persona non può formare subietto di transazione, di compromesso, di alienazione. È cosa fuori di commercio e conseguentemente imprescrittibile; così dispone l'articolo 177. » *L'azione per reclamare » lo stato legittimo è imprescrittibile riguar- » do al figlio* ».

648. Questa imprescrittibilità è tutta particolare alla questione di *stato*, e non si estende alle azioni di interesse *pecuniorio* che vi sono subordinate. — Per esempio, se un individuo, dopo essersi fatto dichiarare da una sentenza figlio legittimo di un padre che aveva diritto ad una successione aperta trenta anni avanti il giudicato stesso, volesse rivendicare i beni dagli eredi che la raccolsero avanti che i suoi diritti fossero conosciuti, egli sarebbe respinto per la prescrizione, ammenochè essa non fosse rimasta sospesa per una delle cause determinate dalla legge.

649. La *imprescrittibilità* della aziono non è stabilita cho in favore del figlio: è questo un privilegio che gli è personale, e che non passa ai suoi eredi, contro dei quali corro la prescriziono ordinaria,

(41) *Duranton Tom. 3. n.° 156.*

(42) *Toullier. n.° 914.*
— *Durantov Tom. 3. n.° 160.*
— *Cass. 6 juill. 1836, Delamotte c. Dubois.*

cioè quella di trent' anni a datare dalla morte del loro autore (43).

Ciò è richiesto dall' interesse generale della società, importando grandemente di non prolungare la inquietezza delle famiglie e la incertezza delle proprietà, tanto più che, per gli eredi, non si tratta già di recuperare il rango onorevole di figli legittimi, ma solamente i diritti *utili* della famiglia.

650. Le azioni per reclamaziono di stato non sono sottoposte ad alcuna forma particolare, e come tutte le altre azioni sono di competenza dei tribunali civili (44).

Ma l'*azione* può essere occasionata dal delitto conosciuto sotto la denominazione di *soppressione di stato* (45). — Ora ogni persona lesa da un delitto può domandaro riparazione del danno sofferto, e intentare la sua azione nello stesso tempo della azione criminale, e davanti i medesimi giudici. E poichè nelle procedure criminali la prova testimoniale è sempre ricevuta senza alcun principio di *prova scritta*, potrebbe avvenire, che per eludere le disposizioni della legge, si cominciasse per la via criminale formaudo una accusa per *soppressione di stato.*

La legge ha provveduto a ciò, poichè è stato stabilito dall'Articolo 32. del Codice di procedura penale che » *nei reati » di soppressione di stato l' azione penale » non può promuoversi che dopo la senten- » za definitiva del giudice civile sulla que- » stione di stato.* »

651. Resulta chiaramente da questa disposizione, come il figlio che eleva un reclamo di *stato* relativo alla sua figliazione non può incominciare coll'iscrivere in falso il suo *atto di nascita*, ma devo sempre cominciare con una azione *civile*.

652. Se la sua nascita non è iscritta sopra i registri dello stato civile, egli stabilisce i suoi *principi* di prova nella sua domanda, e conclude di essere ammesso a provare per testimoni i fatti che deduce, e che sono, diretti a giustificare che il suo stato venne soppresso, e che egli è figlio legittimo di una tale o di un tale. Esso segue la stessa via cho se fosse stato iscritto sotto dei falsi nomi, o sotto i nomi di padre e madre incogniti: richiede inoltre che, dietro la prova della avvenuta falsificazione sia rettificato il suo atto di nascita e ristabilita la sua filiazione.

653. Anche contro l'azione di reclamazione di stato possono dedursi eccezioni di *irricevibilità.*

La regola fondamentale in questa materia si è — che nessuno può reclamare uno stato contrario a quello che gli danno la nascita, ed il possesso conformo a questo titolo — *(Art. 173.)*

Ne consegue quindi che il figlio, il quale cercasse distruggere questa prova resultante dal titolo e dal possesso per reclamare uno stato contrario sarebbe inammissibile nella sua domanda.

654. Ma anche il principio stabilito dall'*Articolo* 173. ha le sue limitazioni.

655. Egli è certo che il *titolo* non è altro che l'atto di nascita iscritto sù i registri dello stato civile. Se dunque il reclamante è stato designato in quest'*atto* come nato da padre e madre incogniti, egli può essere ammesso alla prova della filiazione legittima che intende rivendicare benchè un atto posteriore di riconoscimento gli abbia attribuito una filiazione naturale, o cho abbia un possesso conforme. In questo caso, il figlio non ha titolo di nascita, ed allora, mancando una delle condizioni, la eccezione di *irricevibilità* non può essergli opposta. (46)

656. Ma la eccezione sarebbo opponibile, benchè il titolo di nascita ed il possesso *conforme* non attribuissero al figlio

(43) *Duranton Tom. 3. n.° 154.*

(44) *Cod. di proc. civ. art. 81. 84.*

(45) Vedi — *Codice Penale Italiano art. 506 — e Codice penale Toscano art. 259.*

(46) *Bordeaux 12. Fevrier 1838. (Tom. 2. 1838. p. 559.) — Tronquoy c. Duliers.*

che una filiazione naturale: basta che egli reclami lo stato di figlio legittimo perchè gli si possa opporre uno stato contrario fondato sopra il titolo e sopra il possesso, non distinguendo l'Articolo 173 se lo stato *contrario* a quello reclamato sia uno stato di figlio legittimo o uno stato di figlio naturale. (47)

657. La eccezione di *irricevibilità* sarebbe sempre opponibile quando si pretendesse che il figlio fosse stato iscritto sotto dei falsi nomi, poichè altrimenti la disposizione dell'articolo 173, che vieta di reclamare uno stato contrario al suo atto di nascita ed al possesso conforme a questo titolo, verrebbe completamente neutralizzata dal successivo articolo 174, che permette, in questo caso, la prova della filiazione col mezzo di testimoni.

Così, per esempio, il figlio che, dietro una sentenza passata in cosa giudicata e resa sulla di lui domanda, sia stato messo nel possesso di uno *stato* di cui ha goduto per lungo tempo, non è ricevibile a reclamare uno stato contrario (48).

Così pure, il figlio concepito durante il matrimonio che, per questo solo è reputato legittimo, ed a cui questo titolo non è stato giammai contestato, non può domandando un cambiamento di stato, prevalersi di un riconoscimento di paternità adulterina fatta in di lui favore da un terzo, per reclamare degli alimenti contro la successione di colui che lo ha così riconosciuto (49).

Parimente il figlio che ha titolo e possesso di figlio legittimo non può, contestando la legittimità dei suoi fratelli, attaccare il proprio stato di figlio legittimo. (50)

Ugualmente, il figlio che ha titolo e possesso di figlio legittimo non può essere ammesso a negare il matrimonio del suo padre e della sua madre, anche durante la vita di alcuno di loro, e per conseguenza a repudiare la propria legittimità per non presentarsi alla loro successione che come figlio naturale riconosciuto, e scartare un figlio postumo sotto il pretesto che non è riconosciuto, e che non presenta l'atto di matrimonio del padre e della madre comuni. Egli non lo può, soprattutto, allorchè non impugna la legittimità di questi suoi fratelli e sorelle aventi il medesimo titolo che lui; lo stato di tutti questi figli è *indivisibile* (51).

ARTICOLO TERZO

Degli effetti delle sentenze in materia di stato.

658. Le sentenze che pronunziano sopra una domanda per *reclamazione* o *contestazione* di stato hanno, come tutte le altre, l'autorità della cosa giudicata fra le persone che vi presero parte, ma non possono essere opposte a quelli che non concorsero alla domanda, o non furono regolarmente chiamati nel giudizio. — Ciò è stabilito, come principio generale, dall'Articolo 1351 del Codice, ed in tema di rettificazione di atti dello stato civile dall'*articolo* 402. » *La sentenza di rettificazione non potrà mai essere opposta* » *a quelli che non concorsero a domandare* » *la rettificazione, o non furono regolarmente chiamati nel giudizio* » — Bisogna in una parola che concorra — identità di subietto — di causa — di persone *(detto art.* 1351*)*.

659. *Identità di subietto e di causa* — La questione di stato deve essere stata presentata in via di domanda *principale* o di domanda *incidente*, non mai in forma

(47) Vedi — *Merlin v.° Legitimité Sect. 3. n.° 4.*
— *Rouen 26. juill. 1838. Deschamps. c. Imps.*

(48) *Cass. 8. prair. ann. VII. Lepinaist. c. Carle.*

(49) *Rouen 6. juill. 1820. Belot. c. Legros.*

(50) *Montpellier 2. Mars. 1832. Griffaulière.*

(51) *Paris 6. juill. 1812. Provost, et Lallemand. c. Liberté.*

di semplice *eccezione* — La questione di stato deve aver formato l'oggetto sostanziale della sentenza.

660. Quindi, per esempio, vi sarà cosa giudicata sopra lo stato di un figlio.

1.° Quando la sentenza, senza dichiararlo illegittimo in modo esplicito, la abbia rigettato da una domanda per rilascio di beni, che egli non poteva proporre che in qualità di figlio legittimo (52).

2.° Quando la sentenza che pronunzia sopra una domanda per rilascio di beni, attribuisce questi beni al figlio per il motivo che il medesimo ha giustificato di essere figlio legittimo del defunto (53).

3.° Quando la sentenza che pronunzia sopra una domanda per rettificazione di un atto di nascita abbia rigettato, dietro esame, la eccezione desunta dai fatti che costituiscono un vero rifiuto di paternità (54).

661. Ma non vi potrebbe essere cosa giudicata sulla questione di *stato* allorchè la sentenza, dichiarando irricevibile una domanda di petizione di eredità, si fondi unicamente sopra la mancanza di giustificazione della qualità ereditaria dell'attore e gli attribuisca senza necessità, nei *motivi* però, non nel *dispositivo*, una filiazione diversa da quella in forza della quale agisce (55). — Ugualmente non vi sarebbe cosa giudicata quando la sentenza accordasse semplicemente degli alimenti al figlio: è vero che in tal caso si pregiudicherebbe la questione di paternità e di filiazione ma non vi sarebbe una decisione positiva: lo *stato* degli uomini non può stabilirsi in cotal modo (56).

662. *Identità di persone.* — L'autorità della *cosa giudicata* non è opponibile a quelli che non concorsero alla domanda o non furono regolarmente chiamati in giudizio. — Quindi la sentenza, resa dopo la morte del figlio sopra l'azione in contestazione di stato dirotta contro alcuno dei suoi eredi, non giova nè pregiudica agli altri (57). — Del pari la sentenza che dichiara un individuo figlio legittimo di una donna maritata non ha la forza della *cosa giudicata* contro il marito, quando sia stata pronunziata nell'assenza del medesimo (58). — Ugualmente la sentenza, che intervenuta sulla domanda dei parenti paterni avesse dichiarato un figlio illegittimo, non avrebbe l'autorità della cosa giudicata in favore dei parenti materni, che non intervennero al giudizio. I medesimi non sarebbero ricevibili a prevalersi di tale sentenza, nè potrebbero essere ammessi a contestare la legittimità del figlio se l'avessero di già riconosciuta (59). — Così pure, la sentenza che statuisce sopra l'azione in *reclamazione* di stato, formata contro alcuno dei membri della famiglia, non può essere opposta ai parenti che non vi hanno figurato sia per loro stessi, sia per i loro autori, e che non l'abbiano invocata (60).

663. Ma cosa dovrà dirsi se il marito e la moglie, da cui si pretende nato il figlio fossero intervenuti al giudizio......? Il loro intervento farebbe si che la sentenza avesse la forza di *cosa giudicata* di fronte agli altri membri della famiglia che non vi presero parte....?

Si è osservato da vari scrittori. — Come non potrebbe ammettersi che lo stato del figlio, che non sarebbe stato assicurato in un modo irrefragabile per il riconoscimento volontario e formale dei suoi genitori, divenga inattaccabile in seguito alla cattiva difesa di questi ultimi sopra

(52) *Cass. 25. pluv. ann. II. Masson c. Nugent.*

(53) *Cass. 18. juin 1818. Boiste c. Allain et Darbé.*

(54) *Cass. 31. Dec. 1834. Iacob. c. Galamin.*

(55) *Cass. 38. Août 1832. Dumas c. Debezieux.*

(56) *Cass. 10. Mai 1808. Montis. c. Mayre. — Merlin. Rep. v°. Quest. d'etat. § 2.*

(57) *Merlin. Ibid. § 3. art. 1. n.° 2. a 11.*

(58) *Duranton Tom. 3. n.° 102.*

— Cass. 7. Dec. 1808. Voyneau c. Auguste.

(59) *Cass 26. Aout 1823. Vandolon c. Bourreau.*

— Angers. 11. Aout. 1821. memes parties.

(60) *Zachariae pag. 668.*

l'azione per reclamazione di stato diretta contro di essi soltanto. — Che i figli nati da un matrimonio legittimo hanno dei diritti propri e personali da non confondersi con quelli che possono appartenere nelle successioni dei loro autori. — Così rilevano essi, allorchè un figlio ottiene contro il suo padre una sentenza che lo dichiara legittimo, questo *giudicato* ha certamente contro i figli di un precedente matrimonio l'autorità della *cosa giudicata* quanto ai diritti ereditari, ma non relativamente ai diritti della famiglia come il *nome*, la *parentela* ec. Conseguentemente questi figli di un precedente matrimonio hanno diritto di formare opposizione, e contestare la legittimità del loro fratello (61).

Altri invece, e sono la maggior parte, insegnano, che in materia di *stato* le sentenze rese con il contraddittore legittimo, cioè con la persona che ha il principale interesse nella contestazione hanno l'autorità della cosa giudicata a riguardo dei terzi che non vi hanno preso parte (62).

Pare anche a noi che questa sia la opinione la più razionale, e la più giusta. — Lo scopo principale della azione in reclamaziono di stato si è quello di far riconoscere la propria *legittimità*. I diritti di *famiglia* non ne formano, direm così, che la parte accessoria. Riconosciuta la *legittimità*, l'acquisto per parte del reclamante di tali diritti è una conseguenza logica e necessaria della azione promossa: sarebbe quindi veramente irrazionale che si potessero contestare le sequele di un fatto quando è impedito di contestare il fatto stesso che necessariamente le ha dato vita.

(61) *Merlin. Ib. § 3. art. I. n.° 2 a 11. — Zachariae § 547. bis. not. 26. pag. 668.*
(62) *Vedi* — DURANTON *Tom. 3. n.° 161.*

SEZIONE SECONDA

Della filiazione della prole nata fuori di matrimonio.

SOMMARIO

664. Figli naturali, quali siano.
665. Come li distinguessero le leggi Romane — Come li distingua il Codice.
666. 667. Riconoscimento per parte dei genitori.

664. Diconsi figli *naturali* coloro che sono nati fuori del matrimonio, per distinguerli da quelli che, nati durante il matrimonio, chiamansi *legittimi.*

665. I Romani, con una sottigliezza e diligenza che rivola chiaramente a qual punto di corruzione fossero arrivati, distinguevano tutte le specie dei figli *naturali*, cioè i figli delle donne libere o quelli dello schiavo, dello concubine e delle prostitute, dell' adulterio semplice, dell' incesto civile diretto e collaterale, e dell'incesto religioso (63).

Il nostro Codice divide i figli naturali in due classi 1.° di coloro i di cui genitori potevano senza alcun impedimento contrarre un matrimonio legittimo all'epoca del loro concepimento 2.° di coloro che sono nati da un commercio adulterino o incestuoso, cioè da padre e madre cho fossero parenti o affini in grado proibito, o uno dei quali fosse maritato al tempo del concepimento. — E stabilisco che possono essere riconosciuti i figli della prima classe, non quelli della seconda *(Art. 179. 180)*.

666. Il *riconoscimento* soltanto, per parte dei genitori, può attribuire ai figli naturali i diritti inerenti alla loro filiazione;

667. Dobbiamo pertanto esaminaro — quando possa aver luogo il riconoscimento — e quali ne siano gli effetti.

(63) Vedi — *Leg. 6. § 1. — Leg. 34. § 1. ff. ad Leg. Iul. de adult. — Leg. 23. ff. de stat. homin. — Novel. 89. Cap. 1.*

CAPITOLO PRIMO

Del riconoscimento dei figli naturali.

668. È soltanto per il riconoscimento del padre e della madre che i figli naturali possono provare la loro filiazione, e ciò a differenza dei figli legittimi, la filiazione dei quali si prova con gli atti di nascita.

669. Di fronte alla madre il riconoscimento è, per regola, sempre *obbligatorio*. — Relativamente al padre è *volontario*, meno i casi espressamente eccettuati dalla legge.

ARTICOLO PRIMO

Riconoscimento obbligatorio.

SOMMARIO

670. Il riconoscimento è obbligatorio quando il figlio può giudizialmente far dichiarare la propria filiazione; ma vi è una grave differenza tra il padre e la madre.

671. Due sono le regole che il Codice nostro, seguendo le orme del Codice Napoleone (64), ha stabilito in questa materia, cioè — che non sono ammesse indagini sulla paternità — che sono ammesse sulla maternità, *(articolo 189. 190)*.

672. Questi principi trovano la loro ragione di essere nella natura stessa delle cose.

Avendo la natura nascosto il mistero della paternità alla cognizione dell'uomo, ed essendo il matrimonio istituito per dare alla società, non la prova materiale, ma in sua vece, la presunzione legale della paternità, è evidente che, non esistendo il matrimonio, piu non avvi ne *segno* naturale ne *segno* legale, e niente può farlo supporre. La paternità rimane quale era, un mistero impenetrabile agli occhi della legge, come a quelli dell'uomo: impossibilità quindi di accertarla all'appoggio di presunzioni e di indizi.

Ma non è così riguardo alla maternità; essa resulta da un fatto certo ed evidente, che spesse volte non ha bisogno di prova. — Sarebbe irrazionale ed ingiusto negare al figlio il diritto di ritrovare la madre che si nasconde, ma che la natura non nega mai di scoprire.

673. La disposizione dell'Articolo 189 è assoluta, e la ricerca della paternità è interdetta senza distinzione tanto in via di azione quanto in via di eccezione.

674. Il padre naturale non può essere obbligato a riconoscere il figlio che nei casi di ratto o di stupro violento della madre. È questa l'unica eccezione alla regola che vieta la ricerca della paternità — Il ratto e lo stupro, quando coincidono con l'epoca del concepimento, somministrano una presunzione fortissima che l'autore di questi delitti sia pure l'autore della gravidanza.

---

(64) *Codice Napoleone Art. 340, 341.*

575. Il diritto Romano ammetteva le indagini sulla paternità anche in due altri casi — quando vi era uno scritto del padre in cui egli si fosse dichiarato padre del figlio. — quando constasse di una serie di cure prodigate a titolo di padre (65.)

Anche il Codice Sardo (*art.* 185). permetteva in questi due casi le ricerche sulla paternità.

Tra i compilatori del nostro Codice si sollevò la questione se fosse conveniente aggiungere ai casi di eccezione stabiliti nell'*Articolo* 189, anche gli altri casi contemplati dal diritto Romano, o dal Codice Albertino. Prevalse però la opinione della *esclusione* sul riflesso — che sarebbe stato troppo pericoloso rendere subietto di un giudizio la genesi e la storia degli atti di beneficenza per stabilire una paternità la quale si fonda pur sempre sù di una mera presunzione — che la più pura e santa beneficenza verso un infelice fanciullo avrebbe potuto essere un pretesto, un titolo per reclamare colla pubblicità di un giudizio una paternita inesistente (66).

676. Nei casi soltanto di ratto o di stupro violento può l'autore di questi delitti essere dichiarato padre del figlio, e questa dichiarazione pronunziata dalla giustizia ha la stessa forza, e produce gli stessi effetti di un riconoscimento volontario.

677. Ma per applicare rettamente la detta *eccezione* occorre, prima di tutto, che il ratto o lo stupro siano giudicati, perchè niuno può ritenersi debitore di un delitto, se tale non è stato dichiarato da una pronunzia giudiciale. — Inoltre bisogna che il tempo nel quale avvennero quei fatti » *risponda a quello del concepimento* ». E presa questa epoca per punto di partenza, anche qui trovano la loro applicazione le regole sulle nascite *premature* o *tardive* di che negli Articoli 161 e 162. — Così, se la madre ha partorito avanti i centottanta giorni dalla data del ratto o dello stupro, o dopo i trecento giorni dal momento che cessò di essere in potere del rapitore, il figlio non sarebbe più ammesso a ricercare la paternità domandando di provare i rapporti di *intimità* e di *frequenza* tra la madre ed il rapitore avanti o dopo il ratto.

È ancora da considerarsi che nè la prova del ratto o dello stupro, nè la coincidenza dell'epoca in cui hanno avuto luogo bastano per constatare la paternità. Questi fatti autorizzano soltanto il giudice a cercare la sua convinzione nelle circostanze che li hanno preceduti o susseguiti. Così, il rapitore può proporre tutti i mezzi diretti a provare che egli non è il padre del figlio.

678. Le ragioni che hanno fatto proscrivere la ricerca della paternità non si applicano, come si è detto, alla ricerca della maternità. Non si tratta, a riguardo della madre, di penetrare i misteri della natura, poichè la madre è sempre certa: il *parto* e la *identità* del figlio sono due fatti che possono sempre essere constatati.

L'articolo 190 dispone che » *le indagini sulla maternità sono ammesse,* » ed aggiunge che » *il figlio che reclama la madre deve provare di essere identicamente* » *quel medesimo che fu da lei partorito.* » Come si vede, richiedendosi la prova della identità si suppone già constatato il *parto,* ma però non si esonera il figlio anche da questa prova. La constatazione del *parto* è il fondamento della aziono, senza di cui diverrebbe impossibile la prova della *identità.* — L'articolo 190 parla soltanto di *identità* perchè permette di provarla con testimoni; lo che certamente non permette relativamente al parto.

679. Ne consegue quindi che il figlio

(65) *Leg 11. Cod. de naturalib. liber.*

(66) Vedi la *relazione* del Ministro Pisanelli *sul progetto del Codice Civile pag. 15* — e la *relazione* del Ministro Vacca *per l'approvazione di detto Codice pag. 12.*

naturale iscritto nei registri dello stato civile sotto il nome di una falsa madre incognita, non potrebbe, anco presentando dei principi di prova per iscritto concernenti il fatto del parto della donna che reclama per madre, domandare di completare questa prova per testimoni onde giustificare in seguito o nello stesso tempo, che egli è lo stesso figlio che essa partorì.

Il figlio non può provare per testimoni che la sua *identità*, purchè vi sia un principio di prova in scritto o quando le presunzioni e gli indizi resultanti da fatti gia certi siano abbastanza gravi per determinarne l'ammissione *(art. 190 capov.)*

Ma la prova del parto come sarà fatta?.... L'Articolo 190 non lo dice. Per lo chè è da ritenersi che, meno per testimoni, possa giustificarsi con ogni altro mezzo di prova permesso dalla legge.

680. La condizione del figlio naturale, in questo rapporto, è differente da quella del figlio legittimo il quale manca di titolo, o perchè la sua nascita non fu iscritta su i registri, o perchè venne iscritto sotto dei falsi nomi, o come nato da padre e madre incogniti. — L'articolo 171 lo ammette a provare per testimoni la sua filiazione, cioè che è nato dalla tal donna che egli reclama per madre.

Al contrario l'Articolo 190 non permette al figlio naturale che reclama la sua madre di provare per testimoni altra cosa che la sua *identità*, cioè cho egli è quel medesimo che fu da lei partorito.

Quale è la ragione di questa differenza a riguardo dei figli naturali?.... Riteniamo sia quella di evitare il danno di ammettere una ricerca di maternità contro una donna, il parto della quale non è costante ne provato. È fra le donne riconosciute per *madri* che è permesso al figlio naturale di cercare la madre, e non tra le vergini la di cui purità è coperta di un velo che la legge non deve permettere di sollevare. È meglio lasciaro un figlio naturalo nella oscurità anzichè esporre le fanciulle a ricerche disonoranti che la malevolenza potrebbe dirigere contro di loro. — Questo inconveniente non esiste punto a riguardo delle donne maritate, che non fanno che adempiere al voto della legge e della natura divenendo madri: ne si fa loro veruna ingiuria asserendo che esse hanno partorito durante il loro matrimonio. La ingiuria non esisterebbe se non se nel caso in cui si pretendesse che il figlio ha un altro padre che il marito; ma questa pretensione non sarebbe ammessa.

Non si può assegnare altra ragione che questa, cioè, che la legge accoglie l'azione di colui che reclama la legittimità con più facilità che quella del figlio naturale che reclama la madre. D'altronde accogliendo con maggiore difficoltà l'azione di quest'ultimo, la legge garantisce le figlie di famiglia da attacchi temerari.

681. L'*atto* di nascita formerà un principio di prova per iscritto della *identità* del figlio che pretende appropriarsela?...

Il principio di prova por iscritto deve averè un rapporto diretto col fatto che si vuole provare. Ora il fatto da provarsi non è il parto della madre; non è la nascita di un figlio iscritto il tal giorno, su i tali registri dello stato civile. Questi fatti sono provati dai registri stessi. La sola cosa da provarsi si è che il figlio che reclama è lo stesso che quello di cui la madre si è sgravata, è la *identità* di questo figlio. Ora l'atto di nascita non può dare alcun lume su questa *identità* colla quale non ha nessun rapporto. La questione è di sapere se l'atto di nascita si applica a questo figlio: non si può dunque desumere da quest'atto un principio di prova sopra tale applicazione, perchè l'atto stesso puo riferirsi ad altro individuo anzichè al reclamante.

682. Dobbiamo ancora avvertire che quando il riconoscimento è vietato, il figlio non è mai ammesso a fare indagini ne sulla paternità, ne sulla maternità *(art. 193)*.

La proibiziono è assoluta, ed ancorchè si tratti di ratto o di stupro della madre ogni ricerca è interdetta. — Ciò è richiesto dalla morale pubblica che non permette di rendere notori fatti scandalosi, la di cui misteriosa possibilità, non menochè gli esempi impuniti, corrompono ed offendono i pubblici costumi.

ARTICOLO SECONDO

—

Riconoscimento volontario.

SOMMARIO

683. Facoltà nei genitori di riconoscere i loro figli naturali.
684. Il riconoscimento dei figli adulterini e incestuosi è vietato.
685. 686. 687. 688. Diritto dei medesimi ad ottenere gli alimenti — condizioni cui viene subordinato — tassazione.
689. Come debba farsi il riconoscimento.
690. Se possa farsi per scrittura privata.
691. Può farsi tanto avanti che dopo la nascita.
692. 693. 694. Impugnativa — per parte del figlio — per parte della madre.

683. Se la legge non ammette ricerche ed indagini sulla paternità, meno nei casi di ratto o di stupro violento, permette però tanto al padre che alla madre di riconoscere i loro figli naturali (*art.*179).

684. Questa facoltà per altro vien limitata ai figli nati da persone tra le quali poteva contrarsi matrimonio. — I figli adulterini o incestuosi non possono giammai essere riconosciuti, poichè il loro riconoscimento equivarrebbe alla sanzione legale della colpa dei g enitori. — « *Non* » *possono essere riconosciuti* (così dispone » l'Art. 180); 1° *i figli nati da persone di* » *cui anche una soltanto fosse al tempo del* » *concepimento legata in matrimonio con al-* » *tra persona;* 2° *i figli nati da persone* » *fra le quali non poteva sussistere matri-* » *monio per vincolo di parentela, o di af-* » *finità in line retta in infinito, o per vin-* » *colo di parentela in linea collaterale nel* » *seconde grado.* »

685. Il nostro Codice, adottando i principi stabiliti dal Codice Sardo (*art.* 187) mentre vieta il riconoscimento dei figli adulterini o incestuosi, accorda ai medesimi il diritto ad ottenere gli alimenti a condizione però — che la paternità o maternità resulti indirettamente da sentenza civile o penale — o che dipenda da un matrimonio dichiarato nullo — o che resulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori (*art.* 193, *capov.*)

686. Non vi è dubbio; la *disposizione* in se stessa è logica, poichè interdetta una volta al figlio qualunque ricerca sulla maternità o sulla paternità, non poteva accordarsi al medesimo il libero esercizio della azione agli alimenti senza vulnerare il principio della proibizione.

Ma questa disposizione risponde poi ai dettami della equità, ed alle tradizioni omai invalse in quasi tutte le provincie d'Italia?

Un figlio che ha la sventura di nascere da persone che non potevano unirsi in matrimonio, non può essere abbandonato e privato di quei soccorsi che valgano a sostentargli la vita. È il fatto della nascita che a lui attribuisce il diritto di ottenere gli alimenti dai suoi genitori, non la capacità dei medesimi a contrarre matrimonio. Ora si menoma e si paralizza questo diritto quando se ne subordina l'esercizio a fatti e circostanze indipendenti dal fatto e dalla volontà del figlio.

Non parleremo delle leggi Romane: esse, come ognun sa, posta in non cale la ragione del *sangue*, e facendo ricadero a danno di *esseri* innocenti la colpa altrui, non solo denegavano ai figli adulterini e incestuosi la qualità di figli naturali, ma gli dichiaravano indegni di qualunque benefizio, e di reclamare gli alimenti da co-

loro che gli avevano dato la vita. (67).

Ma più miti, più razionali principi furono stabiliti dal Diritto Canonico, il quale indistintamente e senza eccezione alcuna accordò ai figli adulterini e incestuosi azione agli alimenti (68); *azione* che, senza condizione di sorta, fu ugualmente a loro concessa dal Codice delle Due Sicilie, dal Codice di Parma, dalla Legge Toscana del 18 agosto 1814. (69).

687. Ma qualunque sia la ragione animatrice della disposizione dell'Art. 193, certo si è che, in ordine al medesimo, il figlio non ha diritto di conseguire gli alimenti dai suoi genitori se la di lui filiazione non è, in antecedenza, in qualche modo accertata; lo che, come abbiamo già detto, può resultare: 1.° o da una sentenza civile o penale; 2.° o da un matrimonio dichiarato nullo; 3.° o da una esplicita dichiarazione dei genitori.

688. Nella esistenza pertanto di alcuna delle surriferite condizioni si verifica a favore del figlio il diritto ad ottenere gli alimenti, quali devono essere assegnati al medesimo in proporzione delle sostanze del padre o della madre, e del numero e della qualità degli eredi legittimi *(articolo 752)*.

689. La facoltà di riconoscere i figli naturali è comune al padre e alla madre, e possono esercitarla tanto congiuntamente quanto separatamente *(art. 179)*. Ma nell'uno e nell'altro caso il riconoscimento deve essere fatto con *forme* tali da porre le famiglie al coperto di qualunque sorpresa. — A tale oggetto l'Articolo 181, prescrive che il riconoscimento deve esser fatto » *nell'atto di nascita, o con un atto* » *autentico anteriore o posteriore alla nascita* ».

690. Ciò essendo, potrà il riconoscimento essere fatto per *scrittura privata...?*

L'articolo 181, dice che deve essere fatto con *atto autentico*. — La parola *autentico* presa nel suo significato grammaticale non sta ad indicare la qualità o la natura di un *atto*, ma la certezza, la validità, la fede che può meritare l'*atto* stesso; quindi è *autentico l'atto* ricevuto da un ufficiale pubblico; può essere del pari *autentico* l'*atto* posto in essere mediante scrittura *privata*.

Il Codice non distingue tra documento *autentico* o non *autentico;* esso dispone — che la prova per iscritto può resultare da atto *pubblico*, o da scritture *private* — che tanto l'uno quanto le altre fanno prova tra le parti *(art. 1313 1318)*. Quando ha voluto che l'*atto* fosse ricevuto da pubblico ufficiale non si è servito della parola *autentico*, invece di *atto pubblico*, come per esempio, nell'articolo 1056, » *tutti gli atti* » *di donazione debbono essere fatti per atto* » *pubblico* », e nell'articolo 1382, » *i contratti matrimoniali devono essere stipulati* » *per atto pubblico* ».

Di fronte a ciò è razionale ritenere che la parola *autentico* non sia adoperata dall'Articolo 181, in un senso limitato e ristretto, diretto esclusivamente ad indicare l'*atto pubblico*, ma bensì in un senso più largo, più generale, per indicare, cioè, la verità e la certezza anzichè la forma dell'atto,

E che tale sia stata la mente del legislatore ce ne somministra valido argomento il *contesto* stesso del citato Articolo 181. — *Il riconoscimento* (si dice)....... *si farà nell'atto di nascita*, — cioè in un

(67) *Authent. ex complexu Cod. de incest et inutil nupt.*

« *Nov. 74. Cap. 6.* — *Sed sit supplicium* « *etiam hoc patruum, ut agnoscant quia ne-* « *que quicquam peccatricis concupiscentiae eo-* « *rum habebunt filii* ».

(68) *Cap. cum haberet. 5 Extr. de eo qui duxit in matrim.*

(69) *Cod.* delle due Sicilie *art. 678.* « *I fi-* « *gli adulterini, gli incestuosi, ed altri nati* « *da condannate unioni non avranno diritto* « *che ai soli alimenti.* »

— Codice di Parma *Art. 856.*

— *La legge non accorda loro che i soli alimenti.*

« Legge Toscana del 18 Agosto 1814. *Art.* « *14 — I figli adulterini e i figli incestuosi* « *non succedono... e hanno soltanto diritto a* » *conseguire gli alimenti necessari dai genito-* « *ri viventi.* »

atto che essendo redatto davanti l'Ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, riveste indubbiamente la qualità di *atto pubblico*. Quindi si soggiunge » o » *con un atto autentico.* » Ma questo atto *autentico* non può essere esclusivamente l'*atto pubblico* ma qualunque *atto*, purchè tale da somministrare la prova certa e sicura del riconoscimento che si effettua; la discretiva che fa la legge tra atto di nascita ed atto *autentico* non sembra potersi apprendere in altro modo.

Concludiamo pertanto che il riconoscimento può farsi anche per atto *privato* poichè la scrittura privata riconosciuta da quello contro cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto pubblico fra quelli che l'hanno sottoscritta, loro eredi ed aventi causa *(art.* 1320*)*.

691. Il riconoscimento di un figlio naturale, come dichiara il rammentato Articolo 181, può essere fatto ancora avanti la nascita, perchè tutte le volte che si tratta del di lui interesse si reputa come nato.

692. Ogni riconoscimento per parte del padre o della madre può essere impugnato dal figlio o da chiunque vi abbia interesse *(art.* 188*)*, perchè non si può impunemente recar danno ai diritti altrui per la supposizione di una falsa maternità, o di una falsa paternità.

693. Il figlio, come primo interssato, può contestare l'atto col quale un padre o una madre, che egli crede a lui stranieri, lo hanno riconosciuto.

Ma la sua semplice opposizione non basta per rendere senza effetto il riconoscimento; egli deve provare che il padre o la madre che lo hanno riconosciuto non sono realmente i suoi genitori, o che l'*atto* di riconoscimento è contrario alla legge. — La ragione è evidente. Il Codice *(articolo* 179*)*, mentre accorda facoltà al padre e alla madre di riconoscere il loro figlio, non esige però il consenso di quest'ultimo per la validità del riconoscimento; quindi se l'*Articolo* 188, permette di impugnarlo, è a colui che contesta, che incombe provare la giustizia della sua opposizione: non vi è su questo veruna eccezione in favore del figlio. Bisogna dunque che il medesimo provi che l'*atto* di riconoscimento enuncia una falsa paternità, o una falsa maternità, ovvero che quest'*atto* è contrario alla legge. Per esempio, se il riconoscimento tendesse a porre il figlio nel numero degli adulterini, egli vi si potrebbe opporre e farlo dichiarare nullo come contrario all'Articolo 180.

694. Anche la madre che abbia riconosciuto il suo figlio naturale potrebbe impugnare il riconoscimento dello stesso figlio fatto da un uomo col quale essa non avesse avuto verun commercio, e far rigettare ugualmente, come contrario alla legge, il riconoscimento di un uomo ammogliato: lo incomberebbe però sempre l'obbligo di provare la propria opposizione.

ARTICOLO TERZO

—

Effetti del riconoscimento.

SOMMARIO

695. 696. Rapporti giuridici nascenti dal riconoscimento — in che si sostanzino.
697. 698. Tutela legale — a chi competa.
699. Attributi della tutela legale.
700. Diritto dei genitori ad ottenere gli alimenti.
701. Diritto dei medesimi alla successione del figlio.
702. 703. Se compela ai genitori l'usufrutto legale.
704. Diritti dei figli.
705. Assumono il nome di famiglia del genitore che gli ha riconosciuti.
706. 707. 708. Hanno diritto agli alimenti, e a ciò che si rende necessario alla loro educazione ed istruzione.
709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. Diritti dei medesimi alla successione del padre e della Madre.

695. I rapporti giuridici che nascono tra il figlio naturale ed i suoi genitori

in forza del riconoscimento sono identici, o si tratti di riconoscimento obbligatorio, o si tratti di riconoscimento volontario, *(art.* 192*)*. — Ma non esistono, ne possono esistere che a riguardo di quello dei genitori che ha fatto il riconoscimento *(articolo* 182*)*, per modo che il figlio naturale di uno dei coniugi, nato prima del matrimonio e riconosciuto durante il medesimo non può essere introdotto nella casa coniugale senza il consenso dell'altro coniuge, salvochè questi abbia già prestato il consenso al riconoscimento *(art.* 183*)*.

696. Tali rapporti si sostanziano nei diritti competenti al padre o alla madre sulla persona e sui beni del figlio riconosciuto, e respettivamente nei diritti del figlio a riguardo dei genitori.

697. Il genitore che riconohbe il figlio naturale ne ha la tutela legale durante la minore età *(art.* 184*)*. — Egli la esercita pienamente e liberamente, ne può essere costituito il consiglio di tutela *(art.* 261*)*.

698. Se il riconoscimento fu fatto da ambidue i genitori, la tutela compete di preferenza al padre. *(art.* 184 1° *capov.)*. Bene si intende che, morto il padre o impossibilitato ad esercitarla, debba la tutela stessa esercitarsi dalla madre *(arg. art.* 220*)*, senza che, ugualmente, possa costituirsi il consiglio di tutela, poichè l'*articolo* 261 non fa in proposito veruna distinzione » *nell' interesse delle persone nate » fuori di matrimonio si costituisce un con» siglio di tutela, eccettuato il caso di tu» tela legale esercitata dal genitore a norma » dell'articolo* 184.

699. Gli attributi di questa *tutela* sono identici a quelli inerenti alla patria potestà *(art.* 184, 2° *capov.)*

Quindi, diritto nel genitore che riconobbe il figlio naturale — di rappresentarlo in tutti gli atti civili, e di amministrarne i beni *(art.* 224*)* — di tenerlo presso di se e richiamarvelo ove se ne allontani senza sua permissione, — di provocare le misure occorrenti per frenarne i traviamenti *(art.* 221 232*)*, — di prestare il consenso al di lui matrimonio *(art.* 66*)*.

700. Il riconoscimento conferisce inoltre al padre o alla madre il diritto di reclamare dal figlio gli alimenti, quando non abbiano ascendenti o discendenti legittimi o coniuge che siano in grado di somministrarglieli *(art.* 187*)*.

701. Di più, il padre o la madre hanno diritto alla successione legittima del figlio riconosciuto.

Ecco quanto dispongono in proposito gli Articoli 750 e 751: » *Se il figlio na» turale muore senza lasciar prole ne co» niuge, la sua eredità è devoluta a quello » dei genitori che lo abbia riconosciuto, o » del quale sia stato dichiarato figlio, ovvero » per metà a ciascuno dei genitori se fu » riconosciuto o dichiarato figlio da ambe» due (art.* 750*)*.

» *Se al figlio naturale morto sezna prole » sia superstite anche il coniuge, l'eredità » si devolve per una metà al coniuge, e per » l'altra al genitore o ai genitori, a norma » dell'articolo precedente (art.* 751*)*. »

702. Queste prerogative di *patria potestà* che la legge attribuisce ai genitori trovano il loro fondamento nel diritto stesso di natura, ma non potrebbero estendersi fino al punto di accordar loro il diritto dell'*usufrutto legale* su'i beni dei figli.

L'usufrutto legale non è che una concessione di diritto positivo fatta nominativamente al padre o respettivamente alla madre durante il matrimonio, e, dopo il suo scioglimento, al genitore superstite. — È la ricompensa ed il privilegio di coloro che non cercano le dolcezze della paternità se non se in una unione che la società riconosce e favorisce. — L'uomo e la donna che, per vivere insieme, sdegnano il legame del matrimonio non meritano i favori della legge.

703. E che i genitori dei figli riconosciuti siano, per il nostro Códice, esclusi dall'usufrutto legale, rilevasi chiaramente dall'*articolo* 184, col quale si dispone, come sono applicabili alla tutela legale le dispo-

sizioni degli articoli 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 e 233, ma non si fa parola dell'*articolo* 228, che è quello appunto che attribuisce ai genitori l'*usufrutto legale*. Lo che fa ben comprendere che il legislatore, mentre intese e volle concedere ai genitori naturali tutte le prerogative e tutti i diritti inerenti alla patria potestà, in quantochè trovano la loro ragione di essere nei principj del diritto di natura, non intese però ne volle concedere l'*usufrutto legale* su'i beni dei figli, mera creazione del diritto *positivo*. — È indubitato quindi che la non menzione dell'*Art.* 228, equivale ad esclusione.

704. Se il *riconoscimento* produce dei diritti a favore dei genitori, produce ugualmente dei diritti a favore dei figli.

705. Primo fra questi diritti competenti al figlio si è quello di acquistare un nome, una posizione, uno stato nella famiglia e nella società. — Egli assume il nome di famiglia del genitore che lo ha riconoscinto, o quello del padre se è stato riconosciuto da ambidue i genitori, nel modo stesso che se lo avesse ricevuto nell'atto di nascita (*art.* 185).

706. Ma non solo ha diritto ad assumere il nome dei genitori; esso ha diritto agli alimenti, ed a tutto ciò che può rendersi necessario alla sua istruzione, alla sua educazione, nel modo stesso che vi ha diritto il figlio legittimo. — È la natura stessa che impone quest'obbligo ai genitori indipendentemente da qualunque legge positiva. Chiara e precisa è, in proposito, la disposizione dell'Articolo 186. » *Il genitore è tenuto a mantenere, educare, istruire, ed avviare ad una professione o ad un arte il figlio naturale riconosciuto.* » — Come ben si rileva è la identica obbligazione che l'Articolo 138 impone ai genitori a favore dei figli legittimi « *Il matrimonio impone ad ambidue i coniugi la obbligazione di mantenere, educare, ed istruire la prole.* »

707. Sebbene il figlio coll'esercizio della professione o dell'arte cui venne avviato, abbia potuto procurarsi uno stato, non per questo cessa in esso il diritto di reclamare gli alimenti, quando ne abbia bisogno, ne abbia d'altronde coniuge o discendenti in condizione di somministrarglieli (*detto art.* 186).

708. L'obbligo della prestazione degli alimenti, per parte dei genitori, si estende ancora a favore dei discendenti del figlio naturale: occorre però che tali discendenti siano legittimi, e che la loro madre o gli ascendenti materni non siano in grado di provvedervi (*det. art.* 186 *capov.*).

709. I figli naturali hanno ancora diritto alla successione dei loro genitori, quando però la loro filiazione sia legalmente riconosciuta o dichiarata (*art.* 743).

710. Essi succedono in una quota, in due terzi, o nella intiera eredità, secondochè esistano figli legittimi, o ascendenti, o il coniuge.

711. Quando alla successione concorrono figli legittimi e figli naturali, questi ultimi hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi. È in facoltà per altro dei figli legittimi di pagare questa quota o in denaro o in beni immobili della eredità (*articolo* 744).

712. Se il genitore non lascia figli legittimi e loro discendenti, ma il padre e la madre, o l'uno di essi o altro ascendente, oppure il coniuge, i figli naturali succedono in due terzi della eredità ed il resto si devolve agli ascendenti o al coniuge.

Ma se nello stesso tempo concorrono gli ascendenti ed il coniuge, detratto il terzo della eredità a favore degli ascendenti, ed il quarto a favore del coniuge, la rimanente eredità si devolve ai figli naturali (*art.* 745).

713. Finalmente quando al genitore non sopravvivono ne discendenti legittimi ne ascendenti, nè il coniuge, i figli naturali succedono in tutta l'eredità (*art.* 747).

714. Ove il figlio naturale sia premorto, i diritti di successione come sopra

stabiliti dalla legge possono essere reclamati da'suoi discendenti legittimi *(art.748)*.

715. Noteremo, per ultimo, che i rapporti naturali consacrati dal riconoscimento non esistono se non se tra il padre o la madre ed il figlio; che conseguentemente il figlio naturale non ha diritto sui beni dei congiunti del padre, ne questi congiunti hanno diritto su' i beni del figlio naturale *(art. 749)*.

CAPITOLO SECONDO

Della legittimazione dei figli naturali.

SOMMARIO

716. *Modi di legittimazione ammessi dal Codice.*
717. *Legittimazione per matrimonio susseguente.*
718. *Sù che si fondi.*
719. *Condizioni.*
720. 721. 722. *Matrimonio dei genitori.*
723. 724. *Se si operi la legittimazione per un matrimonio contratto dietro dispensa.*
725. 726. 727. 728. 729. *Riconoscimento del figlio.*
730. 731. *I figli nati dall'adulterio o dall'incesto non possono essere legittimati.*
732. *La legittimazione può aver luogo anche a favore dei discendenti del figlio premorto.*
733. 734. *Quando debba esser fatto il riconoscimento.*
735. *Effetti della legittimazione per susseguente matrimonio.*
736. *Se siano retroattivi al giorno del concepimento.*
737. 738. *Se il figlio possa renunziare al benefizio della legittimazione.*
739. *Legittimazione per decreto Reale.*
740. *Condizioni.*
741. 742. *Mancanza di figli legittimi.*
743. *Impossibilità di un matrimonio tra i genitori.*
744. *La legittimazione deve essere domandata dai genitori.*
745. 746. *Effetti.*
747. *Procedimento.*

716. Seguendo le tradizioni già invalse il Codice nostro ammette due modi di legittimazione dei figli naturali — per il matrimonio susseguente dei genitori — per decreto reale (70).

717. La legittimazione per susseguente matrimonio, introdotta dagli Imperatori Romani a favore soltanto dei figli nati *ex concubinatu* (71), rimase un benefizio sterile e senza applicazione dopo la abolizione del concubinato fatta dall'imperatore Leone (72).

Il diritto Caonnico riprendendo il principio della legge Romana lo applicò ai figli la di cui nascita avesse preceduto il matrimonio del loro padre e della loro madre, e volle che questo matrimonio gli legittimasse di pieno diritto (73).

Gli interpetri per spiegare gli effetti della legittimazione e far derivare la legittimità da un principio unico, quello del matrimonio esistente, la fondarono sopra una specie di *finzione retroattiva*, facendo risalire il matrimonio del padre e della madre al momento stesso del concepimento dei figli, supponendo che da quell'epoca il matrimonio fosse stato contratto se non di fatto almeno di *intenzione* (74). Ma non si pensò che tale finzione era, il più delle volte, contraria alla verità, distrutta dalla legge che introdusse

(70) Questi due modi di legittimazione erano ammessi dal Codice delle due Sicilie *(art. 153. 156.)* — Dal Codice di Parma *(art. 133.)* — Dal Codice Sardo *(art. 171.)*

(71) Leg. *5. 10. e 11. Cod. de naturalib. lib.*

(72) *Imp. Leon. Constit. 91. « Neque minus « ea lex, quae probose cum concubinis immi- « sceri non erubescentibus id permittendum « judicavit honestatem susque deque habuit... « Itaque leilla in aeternum sileto.... Qua ra- « tione, cum puras aquas haurire liceat, lutum « tu mavis?*

(73) Decret. extr. — *Qui filii. sunt. legit. cap. 6.*

« Tanta est vis matrimoni ut qui antea « sunt geniti post contractum matrimonium « legitimi habeantur. »

(74) *Pothier du mariage n.° 410.*

la legittimazione (75), ne poteva applicarsi al caso in cui vi fosse stato un matrimonio *intermedio*, cioè allorchè il padre abbandonando la sua concubina avesse sposato un altra donna, e dopo la morte di questa avesse contratto matrimonio colla madre dei suoi figli naturali (76)

718. Il Codice non ha avuto ricorso a queste finzioni sempre inutili, e sovente dannose. Esso ha considerato, che l'ordine pubblico, il dovere del padre, l' interesse della madre, e principalmente il favore dovuto al figlio, tutto concorreva ad accordare ai figli naturali legalmente riconosciuti i diritti della legittimità allorchè i loro genitori riparano, contraendo un matrimonio solenne, lo scandalo che hanno dato alla società. — È la ricompensa del loro pentimento.

719. Per attribuire al figlio naturale il benefizio della legittimazione devono concorrere due condizioni. 1° Che sia stato contratto matrimonio tra i suoi genitori; 2° Che egli sia stato legalmente riconosciuto da loro *(art.* 194 195*)*.

Verificatesi queste due condizioni la legittimazione del figlio si effettua di pieno diritto, come conseguenza necessaria del matrimonio del padre e della madre, ed indipendentemente dalla volontà delle parti. È questo il concetto che si desume dall'Art. 194, » *Essa* (la legittimazione) » *si opera per susseguente matrimonio contratto fra i genitori del figlio naturale.* »

720. Non essendo la legittimazione che uno degli effetti civili che produce il matrimonio, questo deve essere tale da produrre questi effetti, contratto cioè nei modi e colle condizioni richieste dalla legge.

Quindi un matrimonio dichiarato nullo avrà la efficacia di legittimare i figli nati anteriormente.... ?

Abbiamo veduto, parlando degli effetti del matrimonio annullato *(n.° 373 e succ.)* che il medesimo, se fu contratto in buona fede, ha la forza di rendere legittimi i figli che ne fossero nati, ancorchè la buona fede si fosse verificata per parte di uno solo dei coniugi, perchè la legittimità è una *qualità indivisibile* che non potrebbe attribuirsi di fronte ad uno dei coniugi e non dell'altro. — Per lo chè se produce tali effetti relativamente alla *legittimità* altrettanto deve produrre a riguardo della *legittimazione* che non è che un mezzo di acquistare la legittimità suddetta. — Ma, come del pari accennammo *(n.° 384)*, la questione è risoluta dall' Articolo 116, col quale si stabilisce, che il matrimonio dichiarato nullo, ma contratto in buona fede, produce gli effetti civili, e quindi la legittimazione anche » *riguardo ai figli nati* » *prima del matrimonio, purchè riconosciuti* » *prima dell'annullamento di esso.* »

721. Anche un matrimonio contratto *in extremis* produrrebbe la legittimazione. Ciò resulta evidente dall'articolo 78 del decreto per l'ordinamento dello stato civile col quale, nel caso di imminente pericolo di vita, e per l'oggetto di legittimare i figli, è autorizzato l'Ufficiale dello stato civile a procedere alla celebrazione del matrimonio, omessa ogni formalità.

722. I figli rimarrebbero del pari legittimati quando tra il loro concepimento ed il matrimonio del padre e della madre vi fosse stato un matrimonio *intermedio*. L'articolo 194, non fa in proposito alcuna distinzione; esso contempla esclusivamente il fatto del matrimonio dei genitori, ed a questo matrimonio attribuisce la forza di operare la legittimazione.

723. Ma rimarrebbero legittimati per un matrimonio contratto dietro *dispensa*?

La legge proibisce il matrimonio tra lo zio e la nipote, la zia ed il nipote, e tra gli affini nel grado di fratelli e sorelle, cioè tra cognati *(art.* 59, *n.° 2 e 3)*, ma accorda al Re, nel concorso di gravi motivi di dispensare da tali impedimenti

(75) La legge 11. *Cod. de naturalib. lib.* stabilisce che la legittimazione produce il suo effetto abbenchè i genitori non avessero avuto intenzione di contrarre matrimonio tra loro « *non ab initio adfectione maritali* »

(76) *Toullier.* 921.

(ort. 68). Ora la risoluzione della questione proposta dipende dal sapere se la *dispenso* abbia o no forza retroattiva anche a favore dei figli concepiti o nati prima del matrimonio.

L'antica giurisprudenza riteneva, che la *dispensa* togliesse l'impedimento al matrimonio per il passato e per l'avvenire, e retroagisse al giorno stesso del concepimento (77). — Ma di fronte al Codice nostro la questione non è così facile a risolversi.

Infatti l'Articolo 195 stabilisce che non possono essere legittimati per susseguente matrimonio i figli che non possono essere legalmente riconosciuti. Ora non possono essere riconosciuti i figli nati da persone fra le quali non poteva sussistere matrimonio » *per vincolo di pa-* » *rentela o di affinità in linea retta in in-* » *finito*, o *per vincolo di parentela in linea* » *collaterale nel secondo grado (art.* 180*)*. — Dunque il matrimonio contratto dietro *dispensa* tra lo zio e la nipote, la zia e il nipote, non può operare la legittimazione dei loro figli naturali.

La conseguenza è logica e potrebbe anche trovare un appoggio speciale nella disposizione stessa del detto articolo 180, poichè ivi si contemplano i parenti in linea *collaterale* in secondo grado, e non gli affini in grado di fratelli e sorelle. Perlochè potrebbe dirsi, che la esclusione degli affini, sebbene impediti a contrarre matrimonio senza dispensa, serve a dimostrare che mai ne in qualunque caso possono i figli naturali di due parenti collaterali in secondo grado essere riconosciuti e conseguentemente legittimati per matrimonio contratto dietro dispensa.

(77) *Pothier. n.° 414.*
— *Voet. Dig. Lib. 23. tit. 7. n.° 9. « Eo « quod subsecuta legis civilis prohibentis laxa- « tio licitam effecit, vel saltem vitio purgavit « retro conjunctionem illam quae secundum « jus naturae interdicta non est. »*

724. Ma comunque ciò sia, pare a noi più conforme alla equità e alla giustizia lo ammettere che la dispensa al matrimonio dei genitori retroagisca a favore dei figli ed operi la loro legittimazione.

L'oggetto della *dispensa* è quello di abilitare al matrimonio per il passato e per l'avvenire, togliendo l'ostacolo derivante dall'*impedimento* come se giammai fosse esistito. Inoltre il più delle volte è precisamente la esistenza dei figli che determina il Re ad accordare *dispense* per il matrimonio. Ciò può desumersi dallo stesso articolo 68, » *Il Re quando* » *concorrono gravi motivi può dispensare ec.*» E quale motivo più grave di quello di accordare il benefizio della legittimità ai figli mediante il matrimonio dei loro genitori....? — Se la *dispenso* è diretta a riparare un fallo deve ripararne ancora le conseguenze.

725. La seconda condizione per la validità della legittimazione per susseguente matrimonio si è il *riconoscimento* del figlio. Ciò resulta dal disposto combinato degli articoli 195 e 197. — Stabilisce l'*orticolo* 197, che i figli legittimati acquistano i diritti dei figli legittimi dal giorno del matrimonio » *se sono stoti riconosciuti da* » *ambidue i genitori nell'atto del matrimo-* » *nio, o onteriormente, oppure dal giorno* » *del riconoscimento se questo fu posteriore* » *al matrimonio.* » — L'articolo 195, dispone che non possono essere legittimati i figli che » *non possono essere legalmente* » *riconosciuti.* »

Il riconoscimento legale come si vede, è il fatto dal quale dipende l'acquisto dei diritti di legittimità a favore dei figli; senza l'acquisto di questi diritti la legittimazione non avrebbe oggetto, sarebbe inutile: dunque il riconoscimento è una condizione inseparabile dalla legittimazione, che si compenetra con lei per renderla produttiva dei suoi giuridici effetti.

Questa condizione, è vero, non viene enunciata dalla legge in un modo diretto ed assoluto come fa l'Art. 331 del Codice

Napoleone (78), ma resulta imposta come una necessità logica ognorachè si fa dipendere dal riconoscimento la efficacia della legittimazione.

726. Il riconoscimento deve essere *legale*, subordinato, cioè, alle condizioni che stanno ad accertare la filiazione, ed a rendere la filiazione stessa suscettibile del benefizio della legittimaziono.

727. I figli devono essere nati dai due sposi. — Ove questo non sia, non può aver luogo nonchè concepirsi la idea di legittimazione. — Potrà riconoscersi il figlio nato da uno degli sposi, ma non mai legittimarsi.

728. Generalmente, la dichiarazione colla quale i genitori legittimano un figlio nato avanti il loro matrimonio attesta sufficientemente la identità di questo figlio con quello cho è nato da loro (79); e questa dichiarazione devo anche prevalere sopra il silenzio o la falsa enunciazione dell'atto di nascita.

Così sarebbe valida la legittimazione dei figli naturali, benchè l'atto di nascita indicasse un altro padre, senza però che questi avesse firmato l'atto stesso, perchè l'atto di nascita non stabilisce la filiazione naturale se non quando questa filiazione è riconosciuta dal padre (80).

729. Ma la legittimaziono non potrebbe aver luogo se fosse provato, per la età respettiva delle parti, o per qualunque altra circostanza che i figli non possono avere avuto per padre o per madre coloro che vogliono riconoscerli e legittimarli.

Per esempio, se il figlio fosse stato riconosciuto da un'altra persona, — se ad un atto di nascita indicante un altro padre si unisse un possesso di stato conforme (81).

730. Come si è detto *(n. 684)*, non possono essere riconosciuti i figli nati da persone alle quali ostava un'impedimento a contrarre matrimonio, cioè i figli adulterini e incestuosi. — Questi figli non possono essere legittimati per il matrimonio susseguente dei loro genitori *(articolo 195)*.

731. Por conoscere se il figlio da legittimarsi sia incestuoso o adulterino bisogna riportarsi all'epoca del concepimento e non già a quello della nascita *(art. 180)*. — La esistenza di un primo matrimonio, al momento del concepimento, si opporrebbe dunque alla legittimazione, benchè avesse cessato di esistere al momento della nascita del figlio, e benchè questa nascita non fosse stata contestata che ad un epoca nella quale i genitori si trovavano liberi. — Ma la esistenza di un simile impedimento al momento della nascita non farobbe alcuno ostacolo alla legittimazione, se non fosse esistito al momento del concepimento (82).

732. La legittimazione può aver luogo anche dopo la morte del figlio naturale, a favore dei suoi discendenti *(art. 196)*, i quali per il matrimonio dei loro avi ed avole si trovano posti nella medesima condizione che se il figlio da cui sono nati fosse stato in vita legittimato. É ciò richiesto dalla giustizia come un attributo inseparabile della trasmissione ereditaria (83).

Però questa legittimazione postuma non giova che ai discendenti legittimi o legittimati del figlio premorto, ma non ai suoi discendenti naturali, non esistendo.

(78) *Cod. Napoleon. art. 331.*
« *I figli nati fuori di matrimonio... potranno essere legittimati mediante il susseguente matrimonio del loro Padre e della loro Madre, quando questi gli avranno legalmente riconosciuti per figli.* »

(79) *Cass. 22. janv. 1812, de Virgile c. Recqui.*

(80) *Paris. 2. juin 1809. Lebas c. Delpit.* — *Cass. 9. dec. 1829. Ducayla.*

(81) *Paris 28 Decemb. 1811. Tessidre c. Deletang.*

(82) *Merlin. Sect. 2. § 2. n.° 6. e 7.* — *Duranton Tom. 3. n.° 171. 173.*

(83) *Zachariae Tom. 3. § 518. pag. 672.*

agli occhi della legge, nessuna parentela tra il figlio naturale e gli ascendenti di suo padre e di sua madre.

733. Mentre la legge subordina la legittimazione dei figli naturali alla condizione del riconoscimento, ammette per altro che tale ricouoscimento possa esser fatto avanti, o nell'atto del matrimonio, o pesteriormente *(art. 197)*.

734. Il riconoscimento deve emanare da ambidue i genitori; altrimenti verrebbe a mancare l'oggetto della legittimazione. Ma non importa che sia simultaneo, potendo i genitori riconoscere i loro figli naturali tanto congiuntamente che separatamente *(art. 179)*. Certo è però che gli effetti della legittimazione non potrebbero prender vita che dal giorno dell'ultimo riconoscimento, cioè quando si fosse verificato il riconoscimento per parte di ambidue i genitori.

735. La legittimazione per matrimonio susseguente attribuisce a coloro che sono nati fuori di matrimonio la qualità ed i diritti di figli legittimi *(art. 194 197)*. — Conseguentemente hanno diritto agli alimenti; essi sono eredi *(art. 737)*, e revocano, per il fatto della loro legittimazione, le donazioni fatte dal padre o dalla madre *(art. 1083)*; in una parola acquistano tutti i diritti ed assumono tutti gli obblighi nel modo stesso che se fossero nati dal matrimonio che gli legittima.

736. Questi effetti non sono retroattivi, vale a dire, non rimontano al giorno del concepimento, e neppure a quello della nascita dei figli legittimati, ma prendono vita soltanto dal giorno del matrimonio, se sono stati riconosciuti nell'atto del matrimonio stesso o anteriormente, e dal giorno del riconoscimento se questo fu posteriore al matrimonio *(art. 197)*.

Ne consegue pertanto — Che il figlio legittimato non ha alcun diritto alle successioni che siansi aperte avanti il matrimonio dei suoi genitori, o respettivamente avanti il suo riconoscimento: tutto quello che si è passato in quel periodo di tempo nella famiglia del padre o della madre è estraneo al figlio legittimato. — Che l'usufrutto legale a favore del padre e della madre su' i beni del figlio, non incomincia, ugualmente, che dal giorno del matrimonio, o dal giorno del riconoscimento se questo fu posteriore (84).

737. Fu tra gli antichi Scrittori agitata la questione, se il figlio potesse renunziare al benefizio della legittimazione, o anche contestarla.

Coloro che sostenevano l'affermativa si fondavano sulla *Novella* 89. *cap.* 11, che non permette la legittimazione dei figli contro la loro volontà. — I sostenitori della opinione contraria deducevano, che a norma dei principi del diritto Canonico, operandosi la legittimazione *ipso jure* pel fatto del matrimonio dei genitori, i figli non potevano renunziarvi, perchè sebbene la legittimazione fosse stabilita principalmento a favore dei figli, non lo era però solo per essi, ma lo era altresì in favore dei genitori (85).

738. Di fronte al nostro Codice, la legittimazione non ha valore se non vi è riconoscimento. — Il figlio naturale non può impugnare la legittimazione per se stessa, perchè la medesima si opera in virtù della legge indipendentemente dalla volontà del padre e della madre, e dei consenso del figlio; ma la può impugnare indirettamente contestando il riconoscimento, poichè l'Articolo 188 accorda la facoltà di impugnare il riconoscimento non solo al figlio, ma a chiunque vi abbia interesse, facoltà, d'altronde, che non può essere tolta o paralizzata dal matrimonio del padre e della madre.

Così il figlio può impugnare il riconoscimento, e conseguentemente la legittimazione, provando che egli non è nato da coloro che si dicono suoi genitori, o op-

(84) *Toullier. n.° 930.* — *Duranton. n.° 188.*

(85) Vedi — *Pothier du mariage n.° 423.*

ponendo un possesso di stato contrario, o un atto di nascita contrario alla filiazione che egli repudia (86).

Ugualmente, i terzi che vi abbiano interesse possono contestare la legittimazione sia provando che le condizioni della legge non sono state adempite, sia attaccando il *riconoscimento*. — Così, per esempio, potrebbe impugnare la legittimazione colui che si pretendesse il padre del figlio, benchè un altr'uomo avesse precedentemente riconosciuto questo figlio, e lo avesse legittimato sposando la di lui madre (87). — Spetta del resto a coloro che impugnano la legittimazione di giustificare la loro contestazione.

739. Il secondo modo per il quale si opera la legittimazione dei figli naturali è per decreto reale *(art. 194)*.

Un sentimento di umanità anzichè di rigorosa giustizia ha mosso il legislatore ad accordare questo modo di legittimazione che, in molto circostanze, si presenta come l'ultimo refugio ad una prole sventurata, ed a genitori infelici, — è stata però, circondata da condizioni tali da impedirne l'abuso (88).

740. Queste condizioni sono le seguenti:

1°. Che la legittimazione sia domandata dai genitori stessi, o da uno di loro.

2°. Cho il genitore il quale la domanda non abbia figli legittimi o legittimati per susseguento matrimonio, ne discendenti da essi.

3°. Che il medesimo genitore si trovi nella impossibilità di legittimare il figlio per susseguente matrimonio.

4.° Che ove il richiedente sia vincolato a matrimonio, consti del consenso dell'altro coniuge *(art. 198)*.

741. Le sostanziali tra queste condizioni sono: — la mancanza di figli legittimi o loro discendenti, — la impossibilità di un matrimonio tra i genitori.

742. Il matrimonio crea rapporti giuridici non solo tra i coniugi, ma tra questi ed i figli che ne sono nati. Non si possono menomare i diritti derivanti dalla legittimità già acquisiti ai figli, con introdurre nella famiglia persone che non sono nate da quel matrimonio. Questa, e non altra, è la ragione per cui la legge esige che il genitore richiedente la legittimazione non abbia figli legittimi ne discendenti da essi. E per questa stessa ragione di non recare turbamento alle relazioni della famiglia già legalmente costituita, la legge vuole il consenso del coniuge quando il richiedente la legittimazione sia vincolato da matrimonio *(art. 198 n. 4)*.

743. Vi deve essere impossibilità a contrarre matrimonio — Se uno dei genitori fosse morto, si verifica necessariamente la impossibilità di procedere alla legittimazione per susseguente matrimonio. Ma la legge non contempla soltanto la impossibilità fisica o assoluta ; essa si riferisce ancora alla impossibilità morale, sia perché viene virtualmente inclusa nella locuzione generica » *impossibilità di legittimare i figli per susseguente matrimonio* », sia perchè, in date circostanze, non si potrebbe contrarre un matrimonio senza calpestare il proprio onore, la propria dignità, insomma senza perdere quel bene prezioso, che l'uomo gode in società, cioè la pubblica estimazione.

Le leggi Romane ammettevano questa impossibilità morale come ragione per accordare la legittimazione per rescritto del Principe, o la esemplificavano nel caso della donna che si fosse abbandonata alla

(86) *Paris. 28, Decemb. 1811. Tissidre c. Dèlètang.*

(87) *Cass. 10. Fev. 1817. (Tom. 1. 1817. pag. 470.)*

— *Robelin c. Leroux.*

(88) Vedi — *Relazione del Ministro Guardasigilli del 15 Luglio 1863. sul progetto del primo libro del Codice Civile.*

prostituzione " *quae etiam semetipsam injuraverat* " (89).

Di fronte all'Articolo 198, noi riteniamo che la *impossibilità* non solo potrebbe verificarsi nel caso surriferito, ma bene anco nel caso di condanna di uno dei genitori ad una pena criminale, poichè se la condanna di uno dei coniugi è causa di separazione *(art. 151)*, a più forte ragione deve riguardarsi come causa moralmente impeditiva di un matrimonio da contrarsi.

Tutto però dipende dalle circostanze. la di cui valutazione è rimessa al prudente e savio criterio, di chi deve accordare la legittimazione.

744. La legittimazione deve essere domandata dai genitori *(art. 198)*. — Il figlio non può domandarla che nel caso in cui uno dei genitori abbia espressa in un testamento o in un atto pubblico la volontà di legittimarlo, e che il genitore stesso sia morto. Di più, occorre che sia giustificato che al tempo della morte del genitore, il medesimo non aveva figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio; e che si trovava nella impossibilità di legittimare i figli per matrimonio susseguente *(art. 199)*.

745. Come nella legittimazione per susseguente matrimonio, così ugualmente non possono legittimarsi per decreto Reale i figli che non possono essere riconosciuti *(art. 193)*.

746. Gli effetti sono i medesimi tanto nell'una, che nell'altra legittimazione, con questa differenza però, che in quella per decreto Reale non prendono vita che dal giorno di questo decreto, e riguardo soltanto al genitore che l'ha domandata, e non riguardo dell'altro il quale non vi abbia espressamente acconsentito, nè sia concorso a chiederla *(art. 201)*.

747. Tra i compilatori del Codice sorse il dubbio se non fosse stato migliore lo attribuire alla sola Magistratura giudiziaria la facoltà di accordare la legittimazione nei casi in cui, ai termini delle leggi preesistenti, era accordata per rescritto del Principe, onde sottrarre questi atti di tanta importanza all'arbitrio ministeriale. Prevalse però la opinione di farla concedere per Decreto Reale, e si credè di avere ovviato al pericolo di qualunque arbitrio prescrivendo, che dovesse ricercarsi il *parere* della Corte d'Appello e del Consiglio di Stato (90).

Ecco, in proposito, il preciso tenore dell'Articolo 200:

" *La domanda di legittimazione, accompagnata dai documenti giustificativi, sarà presentata alla Corte d'Appello nel cui distretto il richiedente ha la sua residenza*

" *La Corte, sentito il Pubblico Ministero, dichiarerà in Camera di Consiglio se concorrono le condizioni stabilite dai due precedenti articoli e conseguentemente* POTERSI O NON POTERSI FAR LUOGO ALLA DOMANDATA LEGITTIMAZIONE.

" *Se la deliberazione della Corte d'Appello è affermativa, il Pubblico Ministero la trasmetterà coi relativi documenti, e colle informazioni assunte di ufficio al Ministro di Grazia e Giustizia, il quale, sentito il parere del Consiglio di Stato sulla convenienza della legittimazione, ne farà relazione al Re.*

" *Se il Re accorda la legittimazione, il Decreto Reale sarà indirizzato alla Corte che avrà dato il parere, sarà trascritto in apposito registro, e sarà per cura delle parti interessate annotato in margine nell'atto di nascita del figlio* ".

(89) *Novel. 74. (praefat. § 1.)* — *Novel. 89. Cap. 9.*

(90) *Proces. verbal. della Commis. coord. del Cod. Civ. pag. 138.*

TITOLO SESTO

—

Della patria potestà.

Avvertenze.

SOMMARIO

748. L'autorità dei genitori su' i figli ha fondamento nella natura, — è la più antica, la più santa autorità che sia sulla terra — è la conseguenza necessaria della procreazione e dell'indole sociale dell'uomo.

749. La natura stessa ha stabilito i limiti di questa autorità. Nella prima età dei figli consiste nel diritto e nel dovere di una protezione, di una difesa, di una cura assidua e continua: ma quando il figlio ha raggiunto quello sviluppo fisico ed intellettuale per cui la legge lo dichiara responsabile dei propri atti, e lo sottopone al diritto comune, allora la patria potestà muta carattere, e diviene naturalmente un ufficio di consiglio, di assistenza, di morale direzione (1),

750. Questa protezione, questa difesa, questa direzione morale, muovendo dalla stessa causa, deve essere uguale per il padre e per la madre, perchè comuni sono tra loro le pene, le cure, le sollecitudini, perchè uguale è il loro interesse al ben essere dei figli; ed avendo lo stesso interesse devono godere gli stessi diritti.

751. La legislazione Romana si conforme in molti punti alla natura, ed interprete fedele della ragione, si allontanò in strano modo da ambedue nel determinare il carattere ed i limiti della potestà paterna. — Per essa, il figlio era una proprietà del padre; egli ne poteva disporre a suo capriccio; tutto ciò che acquistava apparteneva ad esso per diritto di accessione. — La moglie, sottoposta essa stessa alla potestà del marito, non divideva con lui questa autorità: cosicchè Giustiniano ebbe a dire che un potere così illimitato non era stato mai conosciuto da nessun popolo (2).

752. Queste dottrine furono in parte accolte dai Codici già vigenti in Italia, poichè attribuirono al padre soltanto l'esercizio della patria potestà, denegandola alla madre, alla quale non accordarono, sciolto il matrimonio, che la semplice tutela dei figli (3).

753. Ma il Codice nostro, rilevando la dignità della donna, ha consacrato tra i genitori il principio della loro uguaglianza di autorità sulla prole. — Prendendo per norma l' interesse del figlio, ha circoscritto nei suoi giusti limiti gli attributi di questa autorità. — E se, durante il matrimonio, ne ha conferito l'esercizio al padre, lo ha fatto per una ineluttabile necessità, per evitare un dualismo tra i coniugi.

Ciò permesso scendiamo ad esaminare le singole disposizioni relative a questa *autorità* per ciò che ne concerne — l'esercizio — gli effetti — la durata.

CAPITOLO PRIMO

Esercizio della patria potestà.

SOMMARIO.

(1) *Relazion. del Minist. Guardasigilli del 15 Luglio 1863 sul progetto del primo Lib. del Cod. Civ.*

(2) « *Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus* » Inst. Lib. 1 tit. 9. § 2.

(3) Vedi — *Cod. delle due Sicilie art. 289. 313.*
— *Cod. di Parma art. 83. 101. 169.*
— *Cod. Sardo art. 211. 247.*
— *Legge Toscana 15. Novembre 1814. art. 1.*

755. Quando si eserciti dalla madre.
756. Assenza del padre.
757. Interdizione del medesimo.
758. Decadenza dai diritti di patria potestà per condanna.
759. Separazione personale.
760. Sciolto il matrimonio la patria potestà si esercita dal coniuge superstite — Restrizioni a riguardo della madre.
761. Fino a qual punto possa limitarsi l'esercizio dei diritti di patria potestà della madre.
762. Diritto nella medesima a domandare dispensa dalle condizioni impostele.
763. 764. 765. 766. Nomina del curatore al ventre.

754. La regola generale stabilita dall'Articolo 220. è, che la patria potestà, durante il matrimonio, si esercita dal padre o quando non possa dalla madre; sciolto il matrimonio si esercita dal genitore superstite.

Stando alla lettera della disposizione parrebbe che, durante il matrimonio, sia interdetto alla madre l'esercizio di ogni e qualunque diritto. Ma non è così. Vi sono dei diritti e dei doveri talmente inerenti ed indivisibili dalla qualità di padre e di madre, che non potrebbero rimanere sospesi o paralizzati per la circostanza che una legge positiva attribuisce l'esercizio della patria potestà ad un coniuge piuttosto chè all'altro.

Infatti il Codice, senza distinzione di sorta, impone ai figli, qualunque sia la loro età di onorare e rispettare i genitori *(art. 220)*; e di somministrare loro gli alimenti *(art. 139)*; impone ad ambedue i coniugi di » *mantenere, educare ed* » *istruire la prole (art. 138)*. — Di più richiede il consenso di ambedue i genitori per il matrimonio e la adozione dei figli *(art. 63, 208)*.

L'esercizio pertanto di questi diritti e di questi doveri appartiene tanto al padre quanto alla madre, ne possono formare una prerogativa di colui che la legge chiama ad esercitare la patria potestà.

755. Intanto si è attribuito al padre l'esercizio della potestà paterna in quanto si è inteso e voluto evitare gli effetti perniciosi che potrebbero derivare all'ordine della famiglia creando un dualismo tra i genitori. Ma ove il padre si trovi in circostanze tali che gli impediscano l'esercizio di questa autorità, cessa allora la ragione della legge, e la madre subentra di pieno diritto nel libero esercizio della autorità medesima. Ciò contempla l'Articolo 220, disponendosi, che l'autorità paterna è esercitata dalla madre quando il padre » *non possa esercitarla* ».

Ma quando dovrà considerarsi il padre impedito ad esercitare questa potestà....? La legge non lo dice espressamente, ma lo presuppone, quando, cioè, non possa adempierne i doveri.

Trattandosi di cosa meramente di fatto è impossibile somministrare regole positive; non possono che configurarsi delle ipotesi da sottoporsi come norma, in casi congeneri, alla apprezzazione e discernimento dei Magistrati.

756. Configuriamo il caso che il padre siasi allontanato dal domicilio coniugale. — Non vi è dubbio, la madre subentra nell'esercizio dei diritti di patria potestà. Non potrà, è vero, profittarne per dare un andamento ed un ordine diverso alla azienda domestica, alla educazione ed istruzione dei figli, poichè non deve procurare che il mantenimento dello *statu quo*, ma figli e domestici dovranno a lei obbedienza siccome al padre.

Se la assenza del padre si prolunghi l'Articolo 46 vi ha provveduto » *Se il pre-* » *sunto assente lascia figli in età minore* » *la loro madre assumerà l'esercizio dello* » *patria potestà a norma dell'articolo 220* ».

757. Configuriamo un'altra ipotesi, che il padre sia interdetto — La madre subentra nell'esercizio della patria potestà...?

Essendo l'interdetto in stato di tutela *(art. 329)*, ed essendo il coniuge tutore di diritto del coniuge interdetto *(art. 330)*, potrebbe ritenersi che la patria potestà debba esercitarsi dalla madre, non come tale, ma come tutrice, e conseguentemente

sotto la dipendenza del consiglio di famiglia. Per quanto questo obietto presenti una apparenza di verità, noi riteniamo che la madre subentri di pieno diritto nel libero esercizio della autorità paterna.

È da osservarsi infatti che la legge, senza fare alcuna distinzione parla in genere di impedimento, che è quanto dire, comprende nella sua disposizione qualunque ostacolo che impedisca al padre l'esercizio dei propri diritti. — Di più se l'Articolo 46, accorda alla madre l'esercizio della patria potestà nel caso della assenza del marito, benchè semplicemente presunta, perchè egli è fisicamente impedito ad esercitarla, non vi sarebbe ragione di denegare a lei questo *esercizio* quando si tratta di un impedimento *morale* che produce gli stessi effetti.

La moglie diviene tutrice di diritto del marito interdetto, non per esercitare in tale qualità, la autorità paterna, ma per provvedere alla persona e agli interessi speciali del medesimo. — D'altronde la patria potesta è, in massima, comune ad ambidue i genitori; l'esercizio rimane sospeso nella madre a favore del padre finchè questi possa adempierne i doveri; quando ciò non sia, torna a rivivere la regola generale.

758. Altro caso, durante il matrimonio, nel quale la madre è chiamata ad esercitare la patria potestà è la *decadenza* incorsa dal padre in forza di condanna.

Tanto per il Codice penale Italiano, quanto per il Codice penale Toscano il padre che abbia corrotti o prostituiti i proprj figli incorre nella perdita dei diritti che aveva per legge sopra la loro persona, ed i loro beni (4). — In questo caso si verifica un impedimento legale che attribuisce alla madre l'esercizio della autorità paterna in luogo e vece del padre. Ciò viene implicitamente stabilito anche dall'Articolo 231, ove si dispone, che l'usufrutto legale passa alla madre anche quando la patria potestà è esercitata dal padre, ove questi » *ne sia escluso per cause* » *a lui personali.* »

759. Finalmente anche la *separazione personale* avvenuta per colpa del padre può togliere qualche prerogativa all'esercizio della sua autorità, come la custodia e la educazione dei figli *(art. 154)*.

760. Il Legislatore benchè coll'Articolo 220, abbia stabilito il principio che » *sciolto il matrimonio la patria potestà* » *viene esercitata dal genitore superstite* » ha fatto però delle restrizioni relativamente alla madre disponendo col successivo articolo 235, che » *il padre può per* » *testamento* o *per atto autentico stabilire* » *condizioni alla madre superstite per la* » *l'educazione dei figli e per l'amministra-* » *zione dei beni.* »

Se scopo nostro fosse quello di conoscere della giustizia o della convenienza di queste limitazioni, diremmo francamente, che ammesso il principio della uguaglianza di *autorità* fra i genitori, dovevansi per necessità logica ammettere ancora le conseguenze, cioè il libero e pieno esercizio di tale autorità nella madre superstite.

Ma l'articolo 235 è là che esiste in tutta la sua forza, nè può formare subietto di critica per parte di chi è chiamato semplicemente ad applicarne la relativa disposizione.

761. Esaminando pertanto il detto Articolo 235 noi rileviamo — che il padre soltanto può stabilire condizioni all'esercizio della patria potestà per parte della madre — che tali condizioni non possono

(4) Cod. Penal. Italian. art. *423.* « *Oltre* « *alle pene stabilite nel precedente articolo, gli* « *ascendenti saranno privati di ogni diritto* « *che in forza della patria potestà è loro con-* « *cesso dalla legge sulle persone e sui beni dei* « *figli prostituiti* o *corrotti* ».

— Cod. Penal. Toscan. art. *305.* « *L'ascen-* « *dente condannato di violenza carnale, d'in-* « *cesto o di lenocinio, perde tutti i diritti che* « *aveva per legge, sopra la persona ed i beni* « *del discendente sul quale,* o *col quale fu* « *commesso il delitto.* »

imporsi che relativamente alla educazione dei figli ed alla amministrazione dei loro beni.

Il padre soltanto può essere giudice della convenienza di imporre condizioni alla madre nell'esercizio della autorità paterna. A niun altro può competersi questa facoltà, neppure alla autorità giudiziaria, menochè la madre abusi dei diritti che la legge le attribuisce *(art. 233)*. — Ne consegue quindi che se il padre niente ha prescritto in proposito, la madre assume liberamente l'esercizio dei proprj diritti.

I diritti di correzione, di usufrutto, di prestare il consenso al matrimonio dei figli, sono diritti di patria potestà inalienabili, che il padre non potrebbe vincolare a condizioni senza rendere illusorio il principio della *uguaglianza* già stabilito dalla legge. Le limitazioni pertanto non possono essere relative che alla educazione, ed alla amministrazione dei beni: qualunque altra condizione che venisse imposta sarebbe inefficace e nulla, ne la madre resterebbe obbligata a rispettarla. — L'Articolo 235, è chiaro e preciso, e contenendo una disposizione che vulnera in parte i diritti della madre, non potrebbe ammettere una interpetrazione estensiva.

762. Ma il padre nel ritenere immeritevole la madre di assumere la educazione della prole, e di amministrare i beni può essere stato mosso da tutt'altro motivo che l'interesse dei figli, e può essersi ancora ingannato. Non doveva lasciarsi all'arbitrio di lui lo statuire sovranamente su' i diritti spettanti alla madre. Il suo giudizio doveva essere posto a sindacato, quando la madre se ne credesse lesa.

A questo specialmente ha provveduto il rammentato Articolo 235, accordando alla madre il diritto di domandare la dispensa dalle condizioni che le vennero imposte.

Ad ottenere tale scopo essa deve fare convocare dal pretore un consiglio di famiglia, e sottoporre all'esame del medesimo i suoi reclami. Questo tribunale domestico è in grado, più di ogni altro, di conoscere la verità delle cose, e di stabilire se ingiusta o no sia stata la disposizione del padre.

A garantire maggiormente l'interesse della donna è prescritto, inoltre, dal detto Articolo 235, che la deliberazione del consiglio di famiglia deve essere sottoposta alla omologazione del tribunale, il quale sentito il Pubblico Ministero, dà i provvedimenti occorrenti.

763. I diritti della madre sopravvivente al marito si estendono ancora al figlio che non è nato, ma che essa porta nel suo seno. Però anche qui l'esercizio di tali diritti soffre una limitazione in forza dell'articolo 236, « *se alla morte del marito la moglie si trova incinta, il tribunale sull'istanza di persona interessata, può nominare un curatore al ventre.* »

764. Fu detto che la ragione di nominare un curatore al ventre è per la possibilità che la madre si trovi in opposizione di interessi col *feto* che porta (5). Ma verificandosi questa opposizione vi provvedeva bastantemente l'articolo 224 colla nomina di un curatore speciale.

Non può esser questa la ragione principale della disposizione della legge. La causa muovente a ciò stà nel dubbio se il concepimento sia avvenuto o no durante il matrimonio, e quindi nell'interesse di coloro che sarebbero eredi senza la esistenza di questo figlio. — E che questa sia la ragione della legge resulta dall'essersi prescritto, che il tribunale non può procedere di uffizio alla nomina di tal curatore, ma « *sull'istanza di persona interessata.* »

765. La nomina del curatore non è necessaria ne indispensabile. Il tribunale, secondo il suo prudente criterio e secondo le circostanze, può accogliere o no le domande che ad esso vengono avanzate.

(5) Vedi — *Process. verbal. della Commiss. coor. del Cod. civ. pag. 183.*

Però per procedere a questa nomina bisogna che la gravidanza sia accertata. Infatti l'articolo 236, suppone già constatato questo fatto » *se alla morte del ma-» rito la moglie si trova incinta.* » Lo che è conforme all' insegnamento di Ulpiano: » *Praegnantem esse mulierem oportet omni-» modo, nec dicere se praegnantem sufficit.* » (6).

766. Ma quali sono le attribuzioni di questo curatore...? La legge niente dice in proposito; ma è razionale il ritenere che si limitino ad una semplice sorveglianza e che la amministrazione ed il godimento dei beni del figlio nascituro spetti alla madre poichè, accertata la gravidanza, nasce indubitatamente in lei il diritto ad esercitare la potestà paterna.

CAPITOLO SECONDO

Effetti della patria potestà.

767. La legge attribuisce ai genitori sui figli non solo la sorveglianza della loro persona ma ancora la amministrazione dei loro beni.

Di questi diritti tratteremo distintamente nei tre seguenti *Articoli.*

ARTICOLO PRIMO

Diritti sulla persona dei figli

SOMMARIO.

768. 769. I figli qualunque sia la loro età devono onorare e rispettare i genitori.
770. 771. Non possono abbandonare la casa paterna — Se possono adibirsi mezzi coercitivi per farveli tornare.
772. 773. 774. Eccezioni all' obbligo, nei figli, di non abbandonare la casa paterna.
775. 776. Diritto di correzione.
777. 778. 779. Quid, nel caso che il padre o la madre non riescano a frenare i traviamenti del figlio — Interpetrazione dell' Articolo 222.
780. In qualunque caso i genitori non sono dispensati dall' obbligo degli alimenti.
781. Il padre o respettivamente la madre hanno la rappresentanza dei loro figli in tutti gli atti civili.
782. Diritto del genitore superstile di nominare ad essi un tutore.

768. Abbiamo detto (*n.* 749), che la patria potestà riveste due caratteri distinti secondo la diversa età dei figli — di direzione e di sorveglianza durante l'età minore — di consiglio e di morale direzione raggiunta che abbiano la età maggiore.

769. Qualunque sia per altro la loro età, essi devono onorare e rispettare i genitori (*art.* 220). È questo un dovere che ha il suo fondamento nella natura, e che è consacrato dalla Legge.

I Romani, per la ragione appunto di questa *reverenza*, punivano di ammenda i figli che avessero chiamati in giustizia i loro genitori benchè in materia civile (7).

Oggi però non è impedito al figlio di esercitare tutte le azioni che gli possono competere. Il Codice non fa che una eccezione, ed è relativamente all'arresto personale, poichè dispone che non può essere pronunziato a profitto degli ascendenti e dei discendenti (*art.* 2098).

770. Il diritto di dirigere e sorvegliare i figli durante la loro minore età è per i genitori la conseguenza di un dovere. Essi sono obbligati ed autorizzati a curare la loro educazione formandone i costumi, coltivandone lo spirito, sorvegliandone la condotta. Ove a ciò non fossero tenuti per dovere e per affetto, dovrebbero farlo nel loro proprio interesse perchè la legge gli rende civilmente responsabili di tutti i danni che i figli minori abitanti con essi abbiano cagionato ad altri (*art.* 1153).

771. Ma questa direzione, questa sorveglianza non potrebbe esercitarsi se il

(6) *Leg. 1. ff. de ventr. in poss. mitt.*

(7) « *Parentes naturales in jus vocare ne-« mo potest. una est. enim omnibus parenti-« bus servanda reverentia* » Leg. 6. ff. de in jus. voc. — Leg. 25 cod.

figlio non fosse sotto la loro custodia. È per provvedere a questo che *l'articolo* 221 impone al figlio l'obbligo di » *di non abbandonare la casa paterna o quella che il padre gli abbia destinata senza permissione del medesimo* » ed accorda ai genitori il diritto di richiamarvelo » *ricorrendo, ove fia d'uopo, al Presidente del tribunale civile.* »

Ma potranno prendersi misure coercitive...? Crediamo che sì. — Il ricorso al Presidente del Tribunale non avrebbe oggetto se dovessero impiegarsi esclusivamente dei mezzi morali, che potrebbero essere adibiti, forse colla stessa efficacia, dai genitori. — La disposizione del citato Articolo ci conferma in questa opinione. I genitori hanno certamente il diritto di richiamare il figlio nella casa paterna con tutti quei mezzi proprj della autorità di cui sono investiti; quando questi restino senza effetto sorge allora la necessità di invocare il concorso della giustizia perchè con i mezzi di cui può disporre tuteli uno degli attributi più sostanziali della potestà paterna. — D'altronde se il figlio può essere tradotto in una casa di correzione *(art. 222)*, a più forte ragione deve ammettersi la facoltà nel Presidente di adibire anche mezzi coercitivi perchè sia restituito ai suoi genitori.

772. La proibizione di abbandonare la casa paterna senza il consenso del padre o respettivamente della madre non ammette che due eccezioni, — la prima in caso di arruolamento volontario nell'esercito nazionale — la seconda, quando giuste cause rendano necessario l'allontanamento del figlio *(art. 221)*.

773. Si possono verificare circostanze tali, che la potestà paterna anzichè essere per il figlio la protezione, la tutela benefica della sua giovinezza, sia invece per lui fonte di sevizie, di malitrattamenti, o scuola di corruzione.

In questi casi incombe alla giustizia di provvedere all'interesse del figlio. » *Il Presidente* (dico il citato Articolo 221), » *sull'istanza dei parenti ed anche del pubblico Ministero, prese informazioni senza formalità giudiziali, provvede nel modo più conveniente senza esprimere nel decreto alcun motivo.* »

La legge affida a questo Magistrato la facoltà di prendere i provvedimenti che reputi convenienti ed adatti alle circostanze, sia relativamente alla dimora da assegnarsi al figlio, sia relativamente agli alimenti da somministrarsi al medesimo dai proprj genitori (8). — Non l'obbliga ad esprimere nel decreto i motivi della sua decisione, anzi glie ne fa un divieto assoluto, forse perchè non siano resi notori degli errori, che meglio è, per la pubblica morale, siano soffocati nel seno delle famiglie.

Ma poichè si tratta di sospendere l'esercizio di uno degli attributi della patria potestà, è giusto che le risoluzioni del Presidente possano essere deferite alla cognizione di un giudice superiore. Difatti l'Articolo 223, stabilisce che da questi Decreti è ammesso il ricorso al Presidente della Corte di Appello.

774. In caso di urgenza, e quando vi sia pericolo nel ritardo, provvede il Pretore, riferendone immediatamente al Presidente, il quale conferma, revoca, o modifica il dato provvedimento *(articolo 221 secondo capov.)*.

775. È raro che un figlio, specialmente nella età infantile, si presti di buon grado a tutto ciò che si richiede da lui. Per piegarlo alla obbedienza, non è ragionevolmente a dubitarsi che i genitori non possano infliggere al medesimo qualche gastigo, anche corporale, poichè la loro autorità senza la forza non sarebbe altro che un soggetto di disprezzo per il figlio indocile.

776. Ma se la natura e la legge danno ai genitori un potere di correzione sui figli

(8) *Aix 3. Aout 1807. Rosetty — Bordeaux 20. juin 1832. D. e M.*

non gli accordano però il diritto di esercitare su'i medesimi delle violenze e dei mali trattamenti che possano mettere in pericolo la loro vita o la loro salute. La prudenza e la moderazione deve essere la guida nel far uso di questo diritto, poichè, come dice Marciano, » *patria potestas in* » *pietate debet, non atrocitate consistere* » (9),

777. Non sempre però i consigli, le persuasioni, le moderate punizioni sono sufficienti a frenare i traviamenti del figlio, e può rendersi necessario ricorrere a misure più gravi. — L'articolo 222 contempla questo caso e dispone che » *il padre* » *che non riesca a frenare i traviamenti del* » *figlio, può allontanarlo dalla famiglia, as-* » *segnandoli, secondo i proprii mezzi, gli* » *alimenti necessari ; e ricorrendo, ove sia* » *d'uopo, al Presidente del tribunale, collo-* » *carlo in quella casa, o in quello istituto* » *di educazione, o di correzione, che reputi* » *conveniente a correggerlo e migliorarlo.* »

778. Non può controvertersi la giustizia delle misure che la legge autorizza a prendere contro un figlio incorreggibile. — Se i genitori hanno il diritto di ritenere presso di se i proprj figli, e di obbligargli a ritornare nella casa paterna quando l'abbiano abbandonata, deve competergli ugualmente il diritto di allontanarli, quando la loro presenza comprometta il decoro, la dignità, la pace della famiglia. — Supponete, per esempio, che un figlio, dimenticando i doveri che la natura e la legge gli impongono, proceda contro ai genitori ad ingiurie o vie di fatto. La dignità, offesa del padre o della madre reclama necessariamente che egli sia allontanato dalla famiglia, e che non goda ulteriormente di tutte quelle cure, di tutti quei vantaggi, di tutti quelli agi che la famiglia soltanto poteva procurargli.

779. Ma la adibizione di questi mezzi, di queste misure coercitive dipendono esclusivamente dalla volontà paterna oppure sono subordinate alla sanzione ed alla approvazione della autorità giudiziaria..?

Ecco il dubbio che fa sorgere la non chiara disposizione dell'Articolo 222.

Quando si tratta di allontanare il figlio dalla famiglia e di collocarlo in uno istituto di educazione, non può certamente denegarsi al padre l'esercizio di questa facoltà indipendentemente da qualunque concorso della autorità giudiziaria, alla quale soltanto potrà rivolgersi ove il figlio si rifiuti di obtemperare alle prese risoluzioni. Ciò, pare a noi, resulti in modo implicito ma certo dalle parole del detto Articolo » *ricorrendo, ove sia d' uopo al* » *Presidente, ecc.* » In questo caso l'ufficio del presidente si limita a fare eseguire puramente e semplicemente la volontà paterna.

Ma allorchè si tratta di recludere il figlio in una casa di correzione, non potrebbe ciò rimettersi all'arbitrio del padre: è d'uopo che vi concorra la pubblica autorità, perchè tutto ciò che concerne la libertà dei cittadini sorte dai limiti del diritto privato (10). L'ufficio quindi del Presidente non si limita a prendere *atto* e fare eseguire la deliberazione paterna, ma consiste nell'assumere cognizione delle cause da cui è motivata, nell'apprezzarne il merito per quindi accogliere o rigettare la domanda secondo che si creda di giustizia. — La disposizione stessa del suddetto Articolo 222, in quella parte in cui prescrive che » *l'autorizzazione può essere* » *chiesta anche verbalmente, ecc*,, » che » *il* » *Presidente provvederà senza formalità di* » *atti,, e senza esprimere i motivi del suo* » *decreto* » si presta all'esternato concetto, poichè male potrebbe concepirsi *autorizzazione* o *provvedimento* per parte di un giudice senza che fosse il risultato di una legale deliberazione.

È da osservarsi ancora che l'Articolo 223, ammette in genere l'appello dai de-

(9) *Leg. 5. ff. ad leg. Pomp. de parricid.*

(10) *Toullier. n.° 1050.*

creti del Presidente e così tanto nell'interesse del padre quanto in quello del figlio. Ora l'appello per parte del padre presuppone necessariamente il rigetto o la modificazione delle di lui domande, e per conseguenza che il decreto del Presidente sia stato pronunziato dietro cognizione di causa.

A noi pare che l'Articolo 222 abbia, fino ad un certo punto, accolta implicitamente la distinzione già ammessa dal Codice Francese, e seguita dal Codice Sardo e da quello delle Due Sicilie, tra le misure *coercitive* reclamate dal padre per via di *autorità* e quelle richieste per via di *istanza* (11). — Concludiamo pertanto che il padre può allontanare il figlio da se o collocarlo in un istituto di educazione senza il concorso della autorità giudiziaria, alla quale può rivolgersi per ottenere soltanto la esecuzione delle prese deliberazioni — che ove poi voglia recludersi il figlio in una casa di correzione si rende indispensabile ottenerne la formale autorizzazione.

780. I genitori se hanno diritto di provocare contro i figli le misure occorrenti per correggerli e migliorarli, non cessano però dall'essere obbligati di provvedere al loro mantenimento: ciò è loro imposto dal detto articolo 222, » *assegnandogli, secondo i proprii mezzi, gli alimenti strettamente necessari.* »

781. I figli minori non avendo l'esercizio dei diritti civili, spetta ai genitori di esercitarli per loro. Quindi il padre o respettivamente la madre ne hanno la rappresentanza in tutti gli atti civili *(art. 224)*: in forza di che non solo devono tutelarne gli interessi pecuniari sia in giudizio che fuori, ma devono altresì tutelarli da ogni ingiuria od offesa che venisse loro inferita, portando querela, per essi, avanti i tribunali competenti (12).

782. Altro diritto inerente alla patria potestà, e che si riconnette con quelli che la legge attribuisce sulla persona dei figli, si è il diritto di nominare ai medesimi un tutore.

Per le leggi Romane era questo un diritto esclusivo del padre (13) — Per il nostro Codice compete tanto al padre quanto alla madre, con questo però che non può dedursi all'atto che da quello dei genitori che rimane superstite *(art. 242)*.

Ma perchè la nomina del tutore sia efficace bisogna — che sia fatta per atto notariale o per testamento — che il genitore al tempo della sua morte abbia l'esercizio della patria potestà *(art. 243)*.

ARTICOLO SECONDO

—

Amministrazione dei beni.

SOMMARIO

783. Doppio titolo percui la legge conferisce ai genitori la cura ed il godimento dei beni dei figli.
784. 785. 786. Amministrazione.
787. Eccezioni al principio della inalienabilità.
788. 789. 790. 791. Quando si verifichi la necessità.
792. Quando la utilità.
793. I genitori devano accettare le eredità devolute al figlio col benefizio di inventario.
794. Quando, per l'alienazione, basti l'autorizzazione del Pretore.
795. Conflitto di interessi tra il padre ed i figli.

783. Finchè i figli non abbiano raggiunta la età maggiore o non siano stati

(11) *Il Codice Sardo (art. 216.) e quello delle due Sicilie (art. 303. 301.) seguendo le orme del codice Napoleone (art. 376. 377.) accordavano al padre il diritto di fare arrestare il figlio per un tempo non maggiore di un mese, quando il medesimo non avesse compiti i quindici anni di età, e l'autorità giudiziaria doveva fare eseguire la deliberazione del padre — Al di la di detta età l'arresto doveva essere ordinato dalla autorità giudiziaria, dietro cognizione di causa e per un tempo che non poteva eccedere i sei mesi.*

(12) *Codic. di Proced. penal. art 105.*
(13) *Leg. 1. ff. de testam. tutel.*

emancipati, spetta ai genitori la cura ed il godimento dei loro beni. La legge gli conferisce questo diritto a due titoli differenti — come *amministratori (art. 224)* ossia colla facoltà di percIperne le rendite, e coll'obbligo di renderne conto un giorno, restituendo ciò che possa essere rimasto, detratte le spese, — come *usufruttuari (art. 228)* facendo proprie le rendite stesse e godendone i benefizj.

784. Dobbiamo qui parlare della amministrazione dei beni in generale: parleremo nel successivo *Articolo* dell'*usufrutto legale*.

785. Abbiamo detto che la legge conferisce ai genitori l'amministrazione dei beni. — I loro diritti e i loro obblighi sono, in questa parte, identici a quelli di qualunque altro amministratore, e ci allontaneremmo di troppo dal nostro scopo se volessimo dare sviluppo ai principj ed alle teorie vigenti in materia.

786. Avvertiremo soltanto che quello che principalmente devo aversi presente si è, che la legge stabilisce in massima la inalienabilità dei beni dei figli durante la loro minore età o finchè non siano emancipati, e proibisce ai genitori di devenire ad alcun atto che possa vulnerare quel principio; come sarebbe vendere, ipotecare, dare a pegno, contrarre mutui, o altre obbligazioni che eccedano i limiti della semplice amministrazione *(art. 224 primo capov.)*.

787. È questa la regola generale. — Possono però verificarsi circostanze tali da esigere il sacrifizio di una parte della fortuna del minore, sia per evitare un danno maggiore, sia per procurargli un vantaggio. Ciò prevede l'articolo 224, e dispone che possa procedersi alla alienazione o alla obbligazione dei beni de'figli » *per cause di necessità* o *di utilità evidente del figlio stesso, e mediante l'autorizzazione del tribunale civile.* »

788. La legge non poteva determinare specialmente i casi della *eccezione*, poichè trattandosi sempre di fatti che, secondo le circostanze, possono subire una infinità di gradazioni, sfuggono necessariamente al potere del legislatore per rientrare in quello della autorità giudiziaria. Doveva quindi, come ha fatto, stabilire semplicemente una regola generale, un punto di partenza che servisse a dirigere ed illuminare nella contingenza dei casi, la coscienza e la religione dei giudici. Sarebbe pertanto impossibile fissare dei principj, creare teorie per conoscere quando si verifichino la *necessità* o la *utilità* contemplate dalla legge. Non si possono che configurare delle ipotesi per potervi, in qualche modo, modellare la risoluzione dei singoli casi.

789. Il caso di *necessità* che più frequentemente suol presentarsi è quello del pagamento dei debiti. Se i titoli sono ineccezionabili, se sono scaduti, se non esistono altri mezzi per soddisfarli, è forza autorizzare i genitori a vendere od obbligare i beni dei figli.

790. Si supponga ugualmente, che il figlio sia attaccato da grave malattia, e che per procurare la sua guarigione si richiedano mezzi di cura dispendiosi, come di variar clima e simili. Si verificherebbe certamente in questo caso la *necessità* contemplata dalla legge, e l'alienazione dei beni del figlio dovrebbe essere autorizzata.

791. La stessa necessità si verificherebbe se il padre o la madre cadessero inopinatamente nella miseria, e si trattasse di provvedere ai loro bisogni, e di impedire la loro rovina. L'adempimento di questo sacro dovere, dal quale il figlio non può essere dispensato che nel caso di impossibilità di farlo, sarebbe certamente una legge per il tribunale chiamato a pronunziare

792. La legge che, nella sua sollecitudine per il figlio, ha dichiarato inalienabile il capitale della sua fortuna, ha voluto però che questa barriera cada non solo davanti alle cause della *necessità*, ma anche davanti a quelle della *utilità*. —

Tale *utilità* si può presentare non solo quando vi sia un profitto materiale e pecuniario; ma ancora quando questo profitto non sia che morale e di convenienza; per esempio, se si tratti di procurare al figlio una professione o uno stabilimento colla speranza che troverà in essi i mezzi di una onorata sussistenza.

La parola *evidente* adoperata dall'Articolo 224, non deve essere presa troppo alla lettera, ed incombe alla giurisprudenza fissarne il significato, avvertendo, che una interpretazione litterale potrebbe molte volte riuscire funesta al vero interesse dei figli; e che la *utilità* oggetto della disposizione, esiste fin dal momento che la famiglia ha tutti i motivi di probabilità che si verifichi. — Per esempio se un figlio, avendo già con successo intrapresa la carriera degli studi o di un arte, intendesse affrancarsi dal servizio militare cui, per legge, è sottoposto, non potrebbe denegarsi la alienazione dei di lui beni onde con il prezzo ottenere il suo riscatto. Fra la *gloria* che può presentare la carriera militare, ed i vantaggi più modesti, è vero, ma più certi che può ritrarre dall'esercizio della professione o dell'arte cui si è avviato, non può essere dubbiosa la scelta; la *utilità* si verifica certamente in quest'ultimo caso.

793. Se i genitori non possono alienare o obbligare i beni dei figli, meno nel concorso delle condizioni richieste dalla legge, non possono ugualmente accettare puramente le eredità che ai medesimi si fossero deferite, perchè l'adizione pura e semplice di una eredità, obbligando l'erede a tutti gli oneri della successione ancora quando ne eccedessero il valore, potrebbe compromettere la fortuna del figlio. Quindi l'articolo 226 stabilisce: — Che le eredità devono essere accettate dal padre col befizio dell'inventario. — Che se il padre non possa o non voglia accettarle » *il tribunale a richiesta del figlio o di alcuna » dei parenti, od anche sull'istanza fatta » dall'ufficio del procuratore del Re, potrà » autorizzarne la accettazione, premessa la » nomina di un curatore speciale, e sentito » il padre.*

794. Anche per la riscossione dei capitali, o per la vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento, occorre l'approvazione dalla autorità giudiziaria. Però tale autorizzazione può essere accordata anche dal Pretore a condizione di nuovo impiego, la cui sicurezza sia riconosciuta da quel Magistrato *(art. 225)*.

795. Può nascere conflitto di interessi tra i figli sottoposti alla stessa patria potestà, o tra essi ed il padre. Tanto nell'uno che nell'altro caso non può egli averne la rappresentanza e farne valere le ragioni: non nel primo perchè il potere paterno è *indivisibile*; non nel secondo perchè ha un interesse personale. Occorre quindi la nomina di un curatore speciale che rappresenti i figli finchè dura il conflitto.

Questa nomina del curatore è fatta dalla autorità giudiziaria ordinaria davanti alla quale è vertente il giudizio, ed in ogni altro caso dal tribunale civile *(art. 224, 2.° e 3.° capov.)*.

ARTICOLO TERZO

—

Dell'usufrutto legale.

SOMMARIO

810. Devono pagarsi le annualità, e gli interessi dei capitali.
811. Cause per le quali si estingue l'usufrutto — distinzione.
812. 813. Cause assolute — età maggiore — morte del figlio.
814. 815. 815. bis. Cause relative — Mala amministrazione dei beni — emancipazione del figlio.
816. Se revocata la emancipazione riviva il diritto di usufrutto.
817. Passaggio dei genitori ad altre nozze.
818. Quid, se il matrimonio sia dichiarato nullo.
819. Se il genitore, rimasto vedovo anche nel secondo matrimonio, possa essere reintegrato nell'usufrutto.
820. Se la disposizione dell'articolo 232 possa ricevere una interpretazione estensiva.
821. Cessato l'usufrutto, il genitore che, senza opposizione, ha continuato a godere dei beni, non è tenuto a rappresentare i frutti già consumati.

796. La legge accorda ai genitori l'usufrutto sopra i beni dei loro figli non tanto come un correspettivo e un compenso alle cure che prestano a favore dei medesimi, quanto ancora per evitare ogni motivo di dissidio e di sospetto, che facilmente potrebbe verificarsi qualora i genitori fossero obbligati a tenere un *conto* dei redditi e delle spese per essere sottoposto al sindacato ed alla approvazione dei figli dopo la loro emancipazione o giunti che siano alla età maggiore (14).

797. Questo usufrutto è un diritto *utile* che segue la potestà paterna e ne forma uno dei suoi principali attributi ; ma però come qualunque altro diritto di questa specie, può formare subietto di alienazione, di ipoteca, ed anche di esecuzione per parte dei creditori del padre o respettivamente della madre *(arg. art.* 516, 2° *capov.).* — Si intende bene, per altro, che l' interesse dei proprietari non deve rimanerne pregiudicato, perchè il godimento dei beni è subordinato a degli oneri, a delle condizioni che costituiscono, direm cosi, un privilegio a favore dei figli, e di cui non potrebbero essere spogliati qualunque fossero i diritti dei creditori personali dei genitori, per la semplice ragione che questi creditori niente hanno a ripetere da loro.

798. Per regola l'usufrutto legale appartiene a quello dei genitori che esercita la patria potestà; quindi al padre *(articolo* 228*)*; e dopo la di lui morte alla madre *(arg. art.* 231*)*.

Ma anche durante l'esercizio della patria potestà per parte del padre, il godimento dell' usufrutto può appartenere alla madre : lo chè si verifica quando il padre ne sia escluso per cause a lui personali *(art.* 231, *capov.)* ; per esempio, se ne è stato privato dietro provvedimento della autorità giudiziaria per abuso di patria potestà *(art.* 233*)*; se è stato escluso per *indegnità* dalla successione che si è devoluta ai suoi figli *(art.* 728*)*; se per di lui colpa fu pronunziata la separazione personale *(art.* 156*)*.

799. Ma questo diritto passerà ugualmente nella madre quando il padre sia assente...?

Per il disposto dell'Articolo 46, è certo che, verificatasi l'assenza del padre, la madre assume l'esercizio della patria potestà ; dal che ne conseguo logicamente e giuridicamente, che questa potestà possa esercitarsi da lei con tutte le prerogative e con tutti i diritti che vi sono inerenti. Se fosse altrimenti, questo trapasso di autorità non avrebbe altro effetto che quello di fare sopportare alla madre gli oneri senza goderne i vantaggi. D'altronde gli attributi della patria potestà non si dividono, o che si eserciti dal padre, o che dopo la di lui morte o nella sua assenza si eserciti dalla madre.

800. Il diritto di usufrutto è di sua natura *universale*. Il figlio che ha viventi ambidue i genitori o uno di essi, non può disporre delle rendite del suo patrimonio: la legge ne accorda il godimento ai ge-

(14) *Relaz. sul prog. del cod. civ. del 15 Luglio 1863. pag. 21.*

— *Process. verb. della commiss. coord. del cod. civ. pag. 152.*

nitori, sia che i di lui beni provengano da successioni, da donazioni, sia che provengano da qualunque altro titolo lucrativo *(art. 228)*.

801. Ma questa regola generale soffre delle limitazioni.

802. Stabilisce l'Articolo 229, che » *non* » *sono soggetti all'usufrutto i beni lasciati* » o *donati colla condizione che il padre non* » *ne abbia l'usufrutto.* »

Colui che fa una donazione od un legato, può subordinare la sua disposizione a qualunque condizione che non sia contraria ai buoni costumi, o all'ordine pubblico; e questa non offende ne gli uni ne l'altro, poichè non ha altro scopo che quello di rendere la liberalità maggiormente vantaggiosa per il figlio.

Sarebbe però inefficace la enunciata condizione se si estendesse ai beni riservati al figlio a titolo di legittima *(detto art. 229)*, perchè questi beni si acquistano piuttosto per autorità della legge che per la volontà del disponente.

803. Ma se il donante può interdire al padre l'usufrutto, potrà interdigli ugualmente l'amministrazione dei beni donati, ed affidarla a persona di sua scelta...?

Noi crediamo che no, — perchè l'amministrazione dei beni dei figli che l'Articolo 224, conferisce ai genitori è una derivazione della potestà paterna e di cui non possono essere privati che nel caso di abuso *(art. 233)*, — perchè si verrebbe ad ammettere una eccezione che non si trova nella legge, — perchè si tratta di una condizione contro i buoni costumi in quantochè tende ad ispirare nei figli disprezzo o diffidenza contro gli autori dei loro giorni, e ad indebolire così la potestà paterna, che è una dolle basi dell'ordine sociale (15).

803. bis. Non sono soggetti all'usufrutto legale i beni lasciati o donati al figlio per imprendere una carriera, un arte o una professione *(detto articolo 229 numero 2)*.

804, Sono ugualmente esclusi dall'usufrutto i beni pervenuti nel figlio per eredità, legato, o donazione accettate contro il consenso del padre *(detto art. 229, n. 3)*, perchè deve ritenersi che egli, denegando il proprio consenso, abbia inteso renunziare ai vantaggi che gli accordava la legge.

805. Finalmente sono esenti dall'usufrutto i beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, uffizi, impieghi, professioni ed arti, o altrimenti colla propria industria separata *(art. 229 numero 4)*,

806. Se la legge accorda al padre o respettivamente alla madre il godimento dei beni dei loro figli, gli impone però ancora degli obblighi.

807. Essendo comuni ai genitori tutti gli obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuari *(art. 230, n. 3)*, principale fra questi si è di procedere all'inventario dei mobili, e alla descrizione degli immobili. Essi non possono conseguire il possesso dei beni senza averne prima constatato lo stato *(art. 496)*.

Sono per altro dispensati dal prestare cauzione *(art. 498)*. — Il loro affetto per i figli è garanzia più che sufficiente per la buona amministrazione dei beni dei quali la legge gli concede il godimento. Ove si verificasse il contrario potrebbero essero chiamati a rispondere di *abuso*, o privati secondo le circostanze, di tutto o parte dell'usufrutto *(art. 233)*.

808. Altro onere inerente all'usufrutto si è quello di provvedere alle spese » *di* » *mantenimento, educazione ed istruzione* » *dei figli* » *(art. 330, n. 1)*.

Può. a primo aspetto, destar maraviglia il vedere nuovamente imposto al padre e alla madre una obbligazione di già scritta nell'Articolo 138, come una conseguenza del solo fatto del matrimonio; ma la maraviglia cessa se ci facciamo a con-

(15) *Toullier n.° 1068.*

siderare la differenza grandissima di queste due obbligazioni.

809. Per l'articolo 138, la legge non fa che dare la sua sanzione alla obbligazione naturale del padre e della madre verso i loro figli, obbligazione alla quale non possono mai sottrarsi.

Per l'Articolo 230, al contrario, la legge impone loro una obbligazione civile come condizione di un vantaggio che possono accettare o rifiutare.

Di più finchè i genitori non sono che nei termini della prima obbligazione, essi non devono ai loro figli il mantenimento, istruzione ed educazione che in proporzione delle loro sostanze, ma dal momento che sopraggiunge a questi figli una fortuna particolare, e che essi ne accettano il godimento, è alle rendite di questa fortuna che devono proporzionare il mantenimento e sopratutto la educazione o la istruzione dei figli.

Inoltre la obbligazione naturale cessa tostochè i figli possono trovare nel prodotto del loro lavoro i mezzi di sopperire ai loro bisogni. Ma non è così della obbligazione *civile;* i genitori che la contraggono, accettando l'usufrutto, devono adempierla in tutta la sua estensione, senza potere attribuirsi la minima parte di ciò che i figli abbiano potuto economizzare sul prezzo del loro lavoro.

810. Finalmente il rammentato Articolo 230 impone ai genitori l'obbligo del » *pagamento delle annualità* o *degli in-* » *teressi dei capitali* » che decorrono dal giorno in cui si apre l'usufrutto poichè lo annualità e gli interessi arretrati stanno a carico del proprietario.

811. Le cause per le quali si estingue il diritto nei genitori al godimento dei beni dei figli possono distinguersi in *assolute*, inquantochè, stabilite espressamente dalla legge basta che si verifichino per essere produttive dei loro giuridici effetti, ed in *relative* perchè dipendenti dalla volontà dei genitori.

812. Raggiunta che abbia il figlio la età maggiore cessa nel padre o respettivamente nella madre il diritto di conservare l'usufrutto dei di lui beni *(art. 228)*. — Questo usufrutto, lo abbiamo già detto, non è che un correspettivo ed un compenso per le cure che i genitori prestano a favore della prole: cessato l'onere deve cessare ancora l'emolumento.

813. Altra causa *assoluta* per cui si estingue l'usufrutto è la morte del figlio *(art. 232.)*

È vero che è contro la natura dell' *usufrutto* che esso si estingua per la morte del proprietario *(arg. art. 515)*, ma l'usufrutto che la legge concede ai genitori non è stabilito a titolo puramente lucrativo, ma bensì a titolo correspettivo; l'effetto deve cessare colla causa; esso è inerente alla potestà paterna, deve perdersi con la medesima.

814. Le cause che noi diciamo *relative*, e per le quali si opera la estinzione di questo diritto si verificano 1.° quando il genitore male amministri le sostanze del figlio 2.° quando lo emancipi 3.° quando faccia passaggio altre nozze.

815. Uno dei principali doveri di qualunque usufruttuario, e conseguentemente anche del padre, si è quello di portare nella amministrazione dei beni tutte le cure e diligenze di un buon padre di famiglia. Se manca a questo dovere, o alienando i beni, o deteriorandoli e lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni, egli ne deve rispondere alla giustizia, ed i magistrati possono, secondo le circostanze, nominare un curatore che amministri in di lui vece, ed anche privarlo di tutto o parte dell'usufrutto *(art. 233 516)*.

815. bis. La emancipazione è altra causa per la quale si estingue l'usufrutto. Essa dipende esclusivamente dalla volontà dei genitori i quali, procedendovi, vengono a renunziare all'esercizio della patria potestà ed ai diritti utili che vi sono inerenti. Ciò resulta chiaramente dall'articolo 228 » *il padre ha l'usufrutto.. ... e la*

» *conserva sino a che sia emancipato etc.*

Di fronte a questa disposizione non potrebbe ammettersi il patto di continuazione dell'usufrutto nei genitori dopo la emancipazione del figlio, perchè vestirebbe l'apparenza di un correspettivo di un prezzo dato dal figlio per ottenere il consenso alla emancipazione, consenso che la legge suppone ispirato da sentimenti di un ordine ben superiore agli interessi pecuniari.

816. Il diritto di usufrutto per altro tornerebbe a rivivere nei genitori quando la emancipazione fosse revocata, poichè comunque sia vero che l'Articolo 228 fa cessare questo diritto dal giorno della emancipazione certo è però che l'Articolo 321 attribuisce alla *revoca* l'effetto speciale di fare rientrare il figlio » *sotto la* » *patria potestà, e nello stato di tutela.* » Ora riassumendo i genitori la primitiva autorità devono riassumere anche il diritto di usufrutto che ne è una prerogativa, e che non può esser separata fuori dei casi specialmente determinati dalla legge.

817. Si verifica, finalmente, la perdita dell'usufrutto legale quando il genitore passi ad altre nozze *(art. 232)*.

Il genitore infatti che passa a contrarre un nuovo matrimonio abdica con questo fatto al diritto di usufrutto. — La legge parla in genere di *genitore;* comprendo quindi tanto il padre quanto la madre — Stabilita la uguaglianza di diritti tra l'uomo e la donna, era giusto e razionale conservare questa uguaglianza per la perdita dell'usufrutto. Se la madre, passando a seconde nozze, muta cognome e famiglia, ed è razionale che debba perdere il godimento dei beni, ciò si rende del pari opportuno per l'interesse dei figli che passando il loro padre ad altro matrimonio egli perda l'usufrutto, perchè, rimanendo vedovo, impiegherebbe i frutti dei beni a loro esclusivo vantaggio, mentre costituendo una nuova famiglia, è naturale che gli impieghi anche, e maggiormente, per questa (16).

818. Potrebbe domandarsi se il genitore, dichiarato nullo il suo matrimonio, riacquisti il diritto di usufrutto?....

Stando alla nuda disposizione dell'Articolo 232 ed al modo assoluto con cui è concepita potrebbe forse ritenersi che il fatto del passaggio a seconde nozze faccia incorrere irreparabilmente e per sempre la perdita dell'usufrutto. — Pure tenendo dietro più allo spirito che alla lettera è forza scendere in ben altre conclusioni.

La legge, e lo abbiamo accennato stabilisce la decadenza del *binubo* dal diritto di usufrutto nell'interesse esclusivo dei figli di primo letto, e perchè essi non vengano a risentirne un danno. Ma danno non esiste, ne può esistere, quando il matrimonio è dichiarato nullo. — Di più, se il matrimonio è annullato, esso deve considerarsi come non abbia avuto luogo, o conseguentemente che il godimento del diritto non abbia mai cessato nel genitore. — La legge parlando di *nozze* intende parlare di matrimonio valido, ed a questa validità, per quanto a noi pare, subordina la perdita dell'usufrutto.

819. Ma il genitore rimasto vedovo anche nel secondo matrimonio potrà essere reintegrato nel godimento?

Noi non lo crediamo. La legge lo fa incorrere in questa perdita pel fatto soltanto del nuovo matrimonio. Questa condizione è compita quando il matrimonio fu contratto validamente, e l'usufrutto legale è irreparabilmente perduto per lui.

820. Ancora un altra questione.

Il genitore e specialmente la madre che, per mantenersi nel godimento dei beni, in luogo di cerare nuovi legami, si da ad una vita licenziosa, potrà conservare l'usufrutto che gli sarebbe stato rifiutato se fosse passata a nuove nozze?....

---

(16) *Process. verb. della Commiss. coord. del Cod. Civ. pag. 151.*

La disposizione dell'articolo 232 è limitativa al fatto del nuovo matrimonio, ne potrebbe estendersi, senza violarla ad altri casi. Se la condotta scandalosa del genitore può, per lo sue conseguenze essere dannosa alla educazione ed agli interessi dei figli, potrà certamente invocarsi l'Articolo 233 che contempla l'abuso della potestà paterna, e conseguentemente adottarsi tutti quei provvedimenti che fossero reclamati dalle circostanze, ma mai potrebbe, per ottenere la cessazione dell'usufrutto, farsi ricorso all'Articolo 232.

821. Cessato l'usufrutto, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio abitante con esso senza procura ma senza opposizione, od anche con procura ma senza condizione di render conto dei frutti, egli ed i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti sussistenti al tempo della domanda *(art. 234)*. — La ragione della disposizione è che tali frutti devono presumersi col concorso della volontà dei figli, consumati nell'uso cui furono destinati.

CAPITOLO TERZO

—

Estinzione della patria potestà.

SOMMARIO

822. Cause per le quali cessa la patria potestà.
823. 824. 825. 826. 827. Età maggiore.
828. 829. 830. Emancipazione — sue condizioni.
831. Revoca della emancipazione — quando possa aver luogo.
832. Osservazioni.
833. 834. Curatore della donna minore maritata non è il padre ma il marito — ragione della disposizione.
835. Figlio minore autorizzato ad esercitare il commercio.
836. Passaggio della madre a seconde nozze.
837. Obbligo di darne preventiva comunicazione al consiglio di famiglia.
838. 839. 840. Conseguenze che derivano da tale omissione.
841. Il consiglio può conservare la madre nella amministrazione dei beni
842. Le deliberazioni del consiglio devono essere sottoposte al tribunale per i suoi provvedimenti.
843. Riammissione della madre nella amministrazione.
844. Se la madre conservata o riammessa nella amministrazione dei beni dei figli eserciti questo potere come un attributo della patria potestà.
845. Obbligazioni del secondo marito.
846. Abuso della patria potestà.
847. 848. Interpretazione dell'articolo 233.
849. 850. 851. Persone aventi diritto a provocare i provvedimenti occorrenti.

822. La patria potestà cessa — per la età maggiore del figlio — o per la sua emancipazione *(art. 220)*.

Può cessare a riguardo della madre col di lei passaggio a nuovo matrimonio *(art. 237)*.

A

Età maggiore.

823. La potestà paterna non potrebbe durare finchè dura la vita dei genitori perchè, in ciò che riguarda la personalità civile e giuridica, un uomo non può essere posto perpetuamente sotto la dipendenza di un altro.

L'autorità paterna che altro non è che un potere di tutela, di direzione, di sorveglianza, cessa necessariamente di essere tale quando il figlio abbia raggiunto tale sviluppo fisico ed intellettuale da rendersi capace di regolare la propria condotta e di provvedere ai propri interessi.

824. I Romani conculcarono questo principio allorchè stabilirono che la potestà paterna non cessasse che colla morte del padre (17).

825. La legislazione delle diverse provincie d'Italia era varia in questa materia, poichè mentre si fissava agli anni ventuno il termine della età minore, non si faceva poi cessare la potestà paterna

(17) *Instit. Lib. 1. Tit. 12 in princip.*

che ai venticinque, ai trenta, ed anche ai quaranta anni (18).

826. Il Codice nostro, senza distinzione di sesso, ha stabilito gli anni ventuno come fine della età minore e in pari tempo della potestà paterna *(art. 220, 233)*..

E razionale e logica si presenta questa disposizione — perchè la età degli anni ventuno è più che sufficiente per ritenere in chi l'ha raggiunta, maturità di consiglio e capacità per regolare la propria condotta — perchè dichiarata questa capacità giuridica, il potere affidato ai genitori per tutelare la inesperienza del figlio rimane senza oggetto.

827. Se il figlio col raggiungere la età maggiore diviene capace di tutti gli atti della vita civile *(art. 323)*, e rimane sciolto dalla autorità paterna, non resta sciolto però dall'obbligo naturale e sacro di onorare e rispettare i genitori *(art. 220)*. Tale è la forza di questo dovere che egli non può impegnarsi nei legami della adozione senza avere ottenuto il consenso del padre e della madre *(art. 208)*.

B

Emancipazione.

828. Come per la età maggiore rimangono i genitori spogliati della autorità paterna sulla persona o sui beni dei figli, ugualmente la emancipazione produce i medesimi effetti, con questa differenza, che la età maggiore, al suo verificarsi, è causa resolutiva di tale potestà mentre la emancipazione dipende esclusivamente dalla volontà del padre o respettivamente della madre, ed è, per parte loro, l'atto della più pura benevolenza.

829. Si deve supporre che il padre o la madre intanto devengano alla emancipazione del figlio inquanto siano convinti della capacità del medesimo a regolare la proprla condotta ed i propri interessi. Ma questa convinzione, potendo essere fallace non basta: occorrono dei fatti che in qualche modo la giustifichino e l'appoggino.

Quindi è che la facoltà di emancipare il figlio è subordinata alla condizione che il medesimo abbia compiti gli anni diciotto *(art. 311)*.

830. Ciò in quanto concerne i genitori. — Per quello che riguarda l'*interesse* del figlio le legge non procede con la stessa *sicurezza* colla quale procede per il maggiore di età. Essa dubita che il diciottenno possa avere raggiunto quello sviluppo morale, quel grado di capacità che può supporsi avere colui che ha compiti gli anni ventuno. Quindi dispone, che la emancipazione conferisce al minore « *la* « *capacità di fare da se solo tutti gli atti* « *che non eccedano la semplice amministra*- « *zione* » *(art. 317)*.

Ma per tutto ciò che sorpassa questi limiti lo sottopone alla autorità di un curatore e del consiglio di famiglia. — Alla autorità del curatore quando si tratti di « *riscuotere i capitali sotto condizione di* « *idoneo impiego, e stare in giudizio sia* « *come attore, sia come convenuto* *(art. 318)*. — Alla autorità del curatore e del consiglio di famiglia « *per tutti gli altri atti* « *eccedenti la semplice amministrazione* » *(art. 319)*.

831. Ma la legge si spinge più oltre. Se permette la emancipazione del figlio, si è perchè ritiene che egli abbia capacità di provvedere alle cose sue. Quando i suoi attl dimostrino il contrario, lo priva

---

(18) Il Codice delle due Sicilie fissava la età maggiore agli anni 21 compiti *(art. 411)*. ma subordinava i figli alla autorità dei genitori fino alla età degli anni 25 *(art. 288)*.

— Lo stesso stabiliva il Codice Sardo *(art. 212, 244*.

— La legge Toscana del 15 Novembre 1814 andava piu oltre, poichè, mentre fissava la durata della età minore agli anni 21 sottoponeva i figli alla autorità paterna fino agli anni 30 se maschi, fino agli anni 40 se femmine *(Art. 3 tit. della tutela — Art. 6. tit. della patria potestà)*.

— Solo il Codice di Parma faceva cessare la patria potestà per la età maggiore del figlio, che fissava agli anni 21 *(art. 101 150)*.

del benefizio che gli aveva concesso, e lo obbliga a rientrare sotto la potestà paterna *(art.* 321*)*.

832. Sono questi i principj fondamentali che regolano questa materia. Quanto ai dettagli, onde non allontanarci di troppo dallo scopo che ci siamo proposti, osserveremo :

1.° Che il diritto di emancipare i figli spetta a quello dei genitori che esercita la patria potestà, conseguentemente al padre, e quando questi non possa o sia morto alla madre *(art.* 220*)*.

2.° Che questa facoltà può essere dedotta all'atto mediante dichiarazione da farsi davanti il Pretore *(art.* 311, *capov.)*; o tacitamente prestando il consenso al matrimonio del figlio *(art.* 63*)*, poichè col fatto del matrimonio il minore è di diritto emancipato *(art.* 310*)*.

3.° Che la emancipazione estingue gli effetti della potestà paterna relativamente alla persona ed ai beni dei figli, ma non toglie però ai genitori il diritto di sorvegliare e tutelare gli interessi dei medesimi. A tale oggetto prescrive la legge — che il genitore emancipante è il curatore del figlio, o si tratti di emancipazione *espressa*, o si tratti di emancipazione *tacita* pel fatto del matrimonio *(articolo* 314, 315*)* — che il figlio non può essere privato del benefizio della emancipazione senza la domanda del genitore che lo ha emancipato *(art.* 321 *capov.)*.

4.° Che dal giorno della rovoca della emancipazione il minore rientra sotto la patria potestà, e vi rimane sino alla maggiore eta compita *(art.* 321, 2° *capov.)*.

833. Aggiungeremo inoltre che se è il figlio quello che contrae matrimonio, curatore del medesimo è il padre, e in di lui mancanza la madre. Ma se è la figlia, il principio stabilito come regola generale dall'Articolo 315, non ha vigore a di lei riguardo.

La donna per il matrimonio, rimane sottoposta alla autorità del marito. Ora l'esercizio di questo potere non sarebbe certamente conciliabile con quello che la legge accorda al padre emancipante. Infatti a chi dovrebbe obbedire la donna quando il padre e il marito manifestassero desideri contrari...? La risposta non potrebbe esser dubbia — la donna dovrebbe obbedire al marito.

Ad evitare quindi un dualismo la legge ha rettamente stabilito che *» la donna » minore maritata ha per curatore il marito » od il curatore del marito se questo sia » minore od inabilitato, ed infine il tutore » del marito se questo sia interdetto »* (*articolo* 315, 2° *capov.*)

834. Ma questo conflitto di autorità non potrebbe altrimenti verificarsi allorchè la donna, costituita sempre nella età minore, sia rimasta vedova o sia separata di corpo o di beni. È giusto allora che torni a rivivere la regola, e che il padre emancipante eserciti il suo diritto di tutela. E ciò appunto stabilisce l'Articolo 315, *» Qualora sia vedova, ovvero separata » di corpo o di beni, avrà per curatore il » padre o la madre, e in loro mancanza le sarà » nominato un curatore dal consiglio di fa» miglia o di tutela. »*

835. Ci si condoni ancora un ultima osservazione.

Il padre o la madre che emancipano i loro figli minori possono aggiungere molto alla capacità dei medesimi autorizzandogli ad esercitare il commercio, e ad obbligarsi per tutto ciò che riguarda il commercio stesso.

Dal momento che questa autorizzazione è stata registrata ed affissa nella sala del tribunale di commercio, il minore può contrattare ed obbligarsi come se fosse maggiore di età, bene inteso, per altro, per quello soltanto che concerne il commercio al quale è stato autorizzato.

Questa autorizzazione può essere revocata, ma la revoca non pregiudica ai diritti acquisiti dai terzi, neppure per le operazioni in corso di negoziazione (19).

(19) *Codice di Commercio art. 4 e 10.*

C

Nuovo matrimonio della madre.

836. Il passaggio della madre a nuovo matrimonio può sottoporre la modesima alla perdita della amministrazione dei beni dei figli, ed anche a vedersi imposte delle condizioni per la loro educazione. — La ragione si è quella di evitare che i figli possano rimanere pregiudicati nei loro interessi per la influenza che il secondo marito potrebbe esercitare sulla loro madre stante l'*autorità* che la legge gli accorda sulla medesima.

837. Qualunque sia il motivo che spinge una madre a rimaritarsi, essa non potrà dissimularsi che dandosi un padrone, si mette nella impossibilità di amministrare da se sola i beni dei figli, e che bisogna, o che questa amministrazione le sia tolta, o che le sia aggiunto il marito.

È per queste considerazioni che l'Articolo 237, esige dalla madre di fare convocare, prima di contrarre il nuovo matrimonio, un consiglio di famiglia onde sottoporre al medesimo la scelta da essa fatta, e perchè deliberi se l' amministrazione debba o no esserle conservata.

838. La mancanza di questa comunicazione da farsi dalla madre al consiglio di famiglia, porta a gravi conseguenze per lei.

839. La prima di queste *conseguenze* è la perdita dell'amministrazione.

Questa perdita si incorre di pieno diritto dalla madre dal giorno che contrasse il nuovo matrimonio; od il consiglio di fomiglia provvede alla amministrazione stessa colla nomina di un curatore *(articolo 238)*.

Se ciò non ostante, la madre continuasse a conservare indebitamente l'amministrazione il di lei marito sarebbe » *re-* » *sponsabile in solido di quella esercitata* » *per lo passato ed in appresso indebita-* » *mente conservata* » *(art. 238)*, vale a diro sarebbe responsabile solidalmente colla madre di tutti i fatti della amministrazione stessa dall'epoca della morte del primo marito. È questa la pena che la legge commina all' imprudente che, sposando una vedova, non si assicura dello adempimento, por parte della medesima, degli obblighi che le vengono imposti.

840. La seconda conseguenza è relativa alla educazione dei figli.

La madre binuba non ha più la facoltà di disporre liberamente della educazione dei figli. Questa facoltà si deferisce al consiglio di famiglia il quale è l'arbitro di prescrivere tutte quelle condizioni che reputi giuste e convenienti.

Incombe al Pretore di provvedere alla convocazione del consiglio di famiglia sia di ufficio, sia sull' istanza del Pubblico Ministero, o dei parenti ed affini del minore, ed in loro mancanza, degli amici della famiglia *(art. 238, 1. capov.)*.

841. Di fronte a queste disposizioni che, per il fatto della omessa preventiva comunicazione del nuovo matrimonio al consiglio di famiglia, privano la madre dei principali attributi della patria potestà, quali sono la educazione dei figli e l'amministrazione dei loro beni, nessun motivo ragionevole potrebbe spingere la medesima a non uniformarsi alle prescrizioni della legge.

Quando pertanto venga soddisfatto all'obbligo imposto, il consiglio di famiglia è allora chiamato a deliberare — se la amministraziono dei beni debba o no essere conservata alla madre — se debbano essere stabilite o no condizioni riguardo alla stessa amministrazione, ed alla educazione dei figli *(art. 237, 1. capov.)*, avvertendo che l'unico e precipuo scopo delle misure da prondersi deve essere l' interesse dei figli.

842. Ma il consiglio conservando o togliendo alla madre l'amministrazione dei beni, o stabilendo condizioni per la stessa amministrazione e per la educazione dei figli non può avere apprezzato nel loro giusto valore le varie contingenze dei casi; in una parola, può essersi ingannato.

Era quindi di giustizia che la deliberazione del Consiglio potesse deferirsi alla cognizione della autorità giudiziaria, la quale prendendo in esame il *deliberato* del tribunale domestico statuisse se le risoluzioni ed i provvedimenti adottati fossero o no conformi a giustizia. — Questo appunto ha stabilito il citato Articolo 237, 2° *capov.*, prescrivendo che » *le deliberazioni del consiglio di famiglia saranno sottoposte al tribunale per i suoi provvedimenti* ».

843. Può accadere che una vedova, per ignoranza o per negligenza, sia passata a nuovo matrimonio senza farne la preventiva comunicazione al consiglio di famiglia.

La legge anche qui concede al consiglio di famiglia un potere discrezionale, stabilendo che » *può riammettere la madre alla amministrazione dei beni* » (*art.* 358, 2° *capov.)* — Se il nuovo matrimonio in niente può pregiudicare all' interesse dei figli, la omissione della preventiva comunicazione al consiglio è perdonabile, ed il consiglio deve avere, siccome lo ha, il potere di riammettere la madre all'esercizio della patria potestà.

844. Si presenta qui la opportunità di esaminare una questione.

La madre che è stata mantenuta, o è stata riammessa nella amministrazione dei beni dei figli, continua ad esercitare un attributo della patria potestà, oppure amministra come semplice esecutrice delle deliberazioni del consiglio di famiglia, come una tutrice...?

È da avvertirsi che il binubo non è riguardato con occhio troppo favorevole dal nostro Codice. Tutte le volte che si tratta del medesimo le disposizioni adottate gli sono contrarie. — Infatti il genitore che passa ad altre nozze perde l'usufrutto legale dei beni del figlio (*art.* 232). — Il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio (*art.* 770).

Questo sentimento, direm così, di avversione alle seconde nozze domina indubitatamente anche a riguardo dell'esercizio della patria potestà per parte della madre che faccia passaggio ad un nuovo matrimonio.

E prima di tutto la legge impone ad essa l'obbligo di dare comunicazione al consiglio di famiglia del matrimonio, che vuol contrarre, alla pena, mancando, di decadere dalla amministrazione dei beni e di essere privata della educazione dei figli, o di vedersi imposte delle condizioni (*art.* 237, 238).

Non basta — Confermata nella amministrazione, il consiglio può imporre alla madre delle condizioni tanto riguardo alla amministrazione stessa, quanto relativamente alla educazione dei figli (*art.* 237, 1° *capov.*).

Tutte queste disposizioni rivelano chiaramente che il pieno e libero esercizio della patria potestà cessa nella madre col di lei passaggio a nuovo matrimonio — Ed infatti chi ha facoltà di ammettere o di escludere dal godimento di un diritto, e di imporvi delle condizioni, ha indubitatamente la facoltà di esigere l'adempimento delle condizioni stesse, di indagare come e fino a qual punto siano state eseguite, di esigere che siano somministrate le giustificazioni opportune — Ed allora a cosa si riduce il potere su' i figli accordato alla madre binuba...? Non ad altro che ad obtemperare alle deliberazioni del consiglio, a procurarne la esecuzione, ed a renderne il debito conto.

Si può quindi ritenere che la madre che ha fatto passaggio a seconde nozze, se esercita un potere lo esercita come qualunque altro tutore, come una esecutrice delle volontà del consiglio di famiglia.

845. Due parole relativamente all'indole ed estensione delle abbligazioni che assume il marito della vedova.

È indubitato che colui il quale sposa una vedova con figli, si associa di *fatto*

alla amministrazione dei beni che ne ha la madre. Ma vi è di più. In forza della obbedienza passiva che gli deve la moglie, egli può impadronirsi intieramente di quella amministrazione.

Si rendeva quindi necessario dichiarare *legale* questa ingerenza di *fatto*, che il secondo marito può assumere in forza della autorità che esercita sopra la moglie, e renderlo responsabile con lei di tutte le sequele.

Questo stabilirono le leggi Romane (20) e ciò stabilisce anche il nostro Codice disponendo, che quando la madre è mantenuta nella amministrazione dei beni o vi fu riammessa » *suo marito si intende sem- » pre associato alla medesima nella ammi- » nistrazione e ne diviene responsabile in » solido* » *(art. 239)*.

D.

Abuso della patria potestà.

846. La età maggiore del figlio, la sua emancipazione, il passaggio della mamadre a seconde nozze sono, come si è veduto, altrettante cause di estinzione della potestà paterna, indipendentemente da qualunque concorso della autorità giudiziaria.

Ma possono verificarsi tali circostanze da rendere necessario, nell'interesse del figlio e della famiglia, l'intervento della pubblica autorità all'oggetto di interdire ai genitori l'esercizio di tutti o parte di quei diritti che la natura e la legge gli avevano affidati.

847. L'Articolo 233 colla formula generica » *abuso della patria potestà* » contempla tutte quelle cause che rendono immeritevoli i genitori di conservare ulteriormente quel potere; ma si astiene dal somministrare una *definizione* qualunque, limitandosi invece ad indicare dei criteri generali, poichè stabilisce che si verifica abuso di patria potestà — quando se ne violano i doveri — quando malamente si amministrano le sostanze del figlio.

Lo che fa bene apprendere che, trattandosi di cose di mero fatto, la legge ne abbandona la apprezzazione alla saviezza ed al discernimento dei Magistrati.

848. Così, per modo di esempio, si verificherebbe *abuso*, quando il genitore trascurasse, avendone i mezzi, la educazione e la istruzione del figlio — quando ne coltivasse le perniciose tendenze, — o colla sua condotta fosse al figlio stesso esempio di scandalo e di immoralità.

Parimente si verificherebbe abuso di patria potestà, se il genitore non adibisse nella amministrazione quella cura e quella diligenza che usa nelle cose proprie, se anzichè procurare la conservazione ed il mantenimento dei beni, compromettesse con operazioni improvvide la fortuna del figlio.

In tutti questi casi, e nei molti altri che si possono configurare, spetta alla autorità giudiziaria di prendere quei provvedimenti che creda più opportuni e convenienti a tutelare l'interesse del figlio (21).

849. Il diritto di provocare queste misure si spetta ai parenti più vicini *(art. 233)*, ma non è però un loro diritto esclusivo. — Anche il pubblico Ministero può reclamarle; anzi lo deve quando niuno si interessi a favore del figlio. Vigile e custode della legge egli ha l'obbligo speciale di difendere e tutelare coloro che non hanno la piena capacità giuridica (22).

850. Ma un terzo avrà diritto di provocare queste misure ?....

(20) *Leg. si mater Cod. in quib. caus pign. vel hespotech. tac. contrahit.*

(21) Per diritto Romano, il padre che trattava il figlio in un modo inumano era costretto ad emanciparlo.

— *Leg. 5. ff. Si a parent. quis: manumis. « Divus Trajanus filium, quaem pater male « contra pietatem adficiebat, coegit emanci- « pare. »*

(22) *Decreto sull'ordinamento giudiziario del 6 Dicembre 1865 art. 139.*

Il rammentato articolo 233 designa come aventi questo diritto i prossimi parenti, ed il pubblico Ministero; ma questa designazione, a parer nostro, non è limitativa ma semplicemente dimostrativa. — La legge indica coloro che, per ragione del sangue, o per ragione di uffizio devono ritenersi interessati, più di chiunque, a vedere tutelato il minore, ma non esclude tutti gli altri che, indipendentemente dalle enunciate ragioni, possono avere un uguale interesse al buon andamento delle cose del figlio. — Come, infatti, potrebbe negarsi ad un creditore il diritto di provocare le misure occorrenti perchè il patrimonio del minore, che sta a garantire il suo credito, non soffra detrimento per la mala ammistrazione del padre o della madre!....

851. La legge, che rilascia al prudente criterio dei Magistrati lo stabilire quando si verifichi l'abuso della patria potestà, abbandona ugualmente ai medesimi la scelta dei provvedimenti da prendersi, secondo le circostanze, disponendo a tal uopo che il tribunale » *potrà provvedere » per la nomina di un tutore alla persona » del figlio, e di un curatore ai beni di lui; » privare il genitore dell'usufrutto in tutto » o in parte, e dare quegli altri provvedi- » menti che stimerà convenienti nell'interesse » del figlio.* »

Ed infatti, o il genitore viola i doveri che gli incombono relativamente alla persona del figlio, ed è giusto che sia privato della autorità di cui abusa, sostituendo al medesimo un tutore che meglio provvoda alla direzione ed alla sorveglianza del medesimo. — O male ne amministra le sostanze, e sorge la necessità di riparare alla improvvida gestione del genitore colla nomina di un curatore speciale ai beni. — O il genitore, anzichè limitarsi al godimento dei beni, ne distrugge la sostanza, ed è razionale e logico che sia privato in tutto o in parte del benefizio che gli accordava la legge.

Quello però che i Tribunali devono prendere per guida si è l'interesse del figlio, dovendo tutti i provvedimenti e le misure da prendersi essere dirette a questo solo ed unico scopo. Lo dice chiaramente il citato Articolo 233, » *e dare que- » gli altri provvedimenti che stimerà con- » venienti nell'interesse del figlio.* »

Quindi è che nel caso in cui la madre persistesse nell'opporsi alle condizioni nell'esercizio della patria potestà impostelo dal marito, e mantenute dal consiglio di famiglia, potendo in tale ipotesi ritenersi che si verifichi *abuso* della patria potestà, non potrebbe certamente denegarsi alla autorità giudiziaria, in virtù della disposizione del rammentato Articolo 233, la facoltà di porre dei limiti all'esercizio di quel potere, come, per modo di esempio, di non fare certi atti senza il consiglio di famiglia (23).

TITOLO SETTIMO

Degli uffizi tutelari.

SOMMARIO

852. Le donne sono escluse dagli uffizi tutelari. — Eccezioni.
853. 854. Ascendenti.
855. Sorelle.
856. 857. 858. Le ascendenti e le sorelle sono tutrici dative a tutti gli effetti.
859. 860. 861. La moglie è tutrice di diritto del marito interdetto. — Condizioni — rinunzia.
862. Se la moglie possa essere curatrice del marito inabilitato.
863. Esercizio della tutela.
864. Cose preliminari.
865. 866. Inventario.
867. Cauzione.
868. 869. Chi ne sia dispensato.
870. Se il coniuge tutore del coniuge interdetto debba prestare cauzione.
871. Diritti ed obblighi del tutore.
872. Relativamente alla persona del minore.
873. Alla di lui rappresentanza.
874. 875. Alla amministrazione dei beni.

(23) *Process. verb. della Commiss. coord. del Cod. civ. pag. 81 e 182.*

852. Il codice nostro esclude le donne dagli uffizi tutelari (1), non già per la incapacità o debolezza del sesso, come riteneva l'antico diritto (2), ma per un rispotto alla loro riservatezza naturale che ne concentra tutta la operosità a benefizio della famiglia, e che non potrebbe permettergli di ingerirsi liberamente nel disimpegno degli affari di persone estranee.

Questo concetto del legislatore apparisce chiaramente non solo dall'avere eccettuate dalla proibizione le ascendenti e le sorelle germane, ma ancora dall'avere attribuito alla moglie la tutela del marito interdetto (*art.* 330); imperocchè non bisogna dimenticare che se la tutela è considerata come un ufficio ed un onere pubblico, è però più specialmente un onere della famiglia.

Difatti, a riguardo delle ascendenti la prossimità della parentela, il dovere che esse hanno per natura e per legge di provvedere alla prole, la conoscenza presunta delle cose di famiglia, i sentimenti di affezione che sono in esse predominanti, tutto concorre a rendere non solo conveniente ma giusta e necessaria la fatta eccezione.

Le stesse considerazioni militano a favore delle sorelle, e vi è inoltre da osservare che spesso queste donne, alle quali venne meno la occasione propizia del matrimonio, concentrano tutti i loro pensieri, i loro affetti o le loro cure nella famiglia in cui nacquero (3).

In quanto alla moglie la *eccezione* era assolutamente una necessità per la uguaglianza di diritti stabilita tra i coniugi.

853. La regola generale adunque si è quella che esclude le donne dagli uffizi tutelari; la *eccezione* quella che ammette alla tutela le ascendenti, le sorelle e la moglie dell' interdetto.

854. L'*articolo* 268, parla in genere di *ascendenti* e comprende conseguentemente nella sua disposizione tanto le ascendenti paterne quanto le ascendenti materne, per la ragione che le une e le altre sono chiamate alla successione dei loro discendenti (*art.* 739; e dove vi è diritto a successione vi deve essere parimento l'onere della tutela (4).

Nella esistenza di ascendenti paterne e materne non si dice chi di loro debba avere la preferenza, ma se si deve argomentare dall'*articolo* 244, col quale si dispone, che se non vi è tutore nominato dal genitore, la tutela spetta di diritto all'avo paterno, ed in mancanza di questo all'avò materno, è razionale e logico il ritenere che la stessa regola debba aver

(1) *Art. 268. — Non possono essere tutori « protutori, curatori, ne far parte dei consigli di famiglia, e devono cessare da questi « uffizi qualora gli avessero assunti.... 1.° le « donne, eccettuate le ascendenti, e le sorelle « germane non maritate. — »*

(2) Leg. 1. Cod: quand: mulier. tutel: offic: fung: « — *Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum foemineae infirmitatis tale officium est.* — »

(3.) *Relaz: del Ministro Guardasigilli del 15. Luglio 1863 sul progei: del primo Libro del Cot: ciò: pag, 28.*

(4) — « *Ubi successionis est emolumentum, « ibi et tutelae onus esse debet* — » *Instit: Lib. 1. Tit: 17. in fin.*

vigore di fronte allo ascendenti, e che perciò l'ascendente paterna sia preferita alla ascendente materna.

Si comprende bene che parlandosi di ascendenti si è inteso di ascendenti di prole legittima, o legittimata, perchè i rapporti di parentela del figlio naturale non si estendono al di là dei suoi genitori.

855. Il rammentato articolo 268 non ammette indistintamente le sorelle alla tutela dei loro fratelli, ma solamente le sorelle *germane;* quindi le *consanguinee* e le *uterine* rimangono escluse da tale ufficio. La disposizione è troppo chiara ed esplicita per poterne dubitare.

Si richiede di più che le sorelle non siano maritate, poichè legate a matrimonio non potrebbero esercitare questo ufficio senza l'autorizzazione maritale alla quale sono sottoposte. — Però rimanendo vedove non potrebbe essere loro impedito di assumere la tutela dei fratelli, poichè si escludono le sorelle maritate ma non le sorelle vedove, le quali, agli effetti speciali di cui è parola, debbonsi considerare nella stessa condizione delle innutte.

856. La legge nel fare una eccezione alla regola generale in favore delle ascendenti e delle sorelle non attribuisce alle medesime il dirtto certo ed assoluto di assumere la tutela dei loro parenti, ma solo le dichiara abili e capaci a tale ufficio. Quindi è soltanto il Consiglio di famiglia che può conferire alle medesime l'esercizio della tutela, perchè è ad esso che spetta la nomina del tutore quando non vi sia tutore nominato dal padre o dalla madre, o non esista avo paterno o materno *(art. 245).*

857. Spettando pertanto al consiglio di famiglia la nomina a tutrici delle ascendenti e delle sarelle, ne consegue che esse sono tutrici *dative* a tutti gli effetti.

858. Non ostante questa *qualità* la legge accorda loro il diritto di essere dispensate dall'assumere o dal continuare l'esercizio della tutela benchè non abbiano veruna delle *scuse* che esonerano da tale ufficio *(art. 273, n. 1).*

È questa la conseguenza giuridica del principio, che ciascuno può renunziare ai propri diritti. La legge non ha stabilito presunzioni generali sfavorevoli alle donne ed ha lasciato quindi a loro medesime il giudizio della propria capacità.

859. Di diverso carattere è la tutela che viene accordata alla moglie dell'intordetto; essa non dipende dalla volontà del consiglio di famiglia ma è una vera e propria tutela legittima. « *Il coniuge* (dice l'articolo 330) *è tutore di diritto dell'altro coniuge interdetto per infermità di mente.* »

Ma perchè il coniuge possa esercitare questo diritto bisogna — che sia maggiore di età — che non sia legalmente separato *(detto articolo 330).*

È indubitato che chi è chiamato a tutelare gli interessi altrui debba avere la capacità di tutti gli atti della vita civile, capacità che non viene attribuita dalla legge se non compiuta la età di anni ventuno *(art. 323).*

Ugualmente è giusto che il coniuge non sia legalmente separato. La separazione esonera i coniugi dall'obbligo della coabitazione, e dalla comunanza e reciprocità di interessi che deve esistere tra loro, e sarebbe strano che ne vonissero annullati gli effetti coll'affidare ad uno di essi la tutela doll'altro.

860. Se nella esistenza del coniuge non può farsi luogo alla tutela *dotiva (articolo 330, 2° cap.)*, non potrebbe essere impedito al consiglio di famiglia di nominare altri in tutore, quando la tutela del coniuge fosse per riuscire dannosa e pregiudicevole agli interessi doll'interdetto. L'attribuzione del diritto di tutela ha implicata in se la condizione che il coniuge sia adatto a disimpegnarla; quando i fatti dimostrino il contrario, lo esercizio del diritto rimane sospeso, e subentra la facoltà nel consiglio di famiglia di procedere a quei provvedimenti che reputi

più convenienti ed opportuni all'interesse dell'interdetto. Certo è però che, insorgendo controversia, può farsene *richiamo* al tribunale competente sia per parte degli interessati, sia ancora per parte del Pubblico Ministero *(art. 271)*.

861. Siccome la tutela che viene deferita alla moglie dell'interdetto è l'attribuzione di un mero diritto personale, così non vi è dubbio che essa non possa renunziarvi, alla pari delle ascendenti e dello sorelle *(art. 273)*.

862. Abbiamo più volte accennato che la legge sottopone all'*interdizione* colui che si trova in condizione di abituale infermità di mente che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi — che sottopone alla *inabilitazione* l'infermo di mente il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione, ed il prodigo *(articolo* 324, 339).

Ora l'articolo 330, deferisce la tutela dell'interdetto al coniuge, e conseguentemente alla moglie quando il marito si trovi in tale condizione. Ma se la moglie è tutrice del marito *interdetto*, potrà ugualmente essere curatrice del marito semplicemente inabilitato?

La risoluzione di questa questione presenta non lievi difficoltà.

Come abbiamo detto la legge esclude per regola le donne dagli uffici tutelari meno le ascendenti, le sorelle e la moglie dell'interdetto. Ora se le ascendenti e le sorelle possono essere nominate *curatrici* del loro parente *inabilitato*, perchè a ciò si presta la disposizione dell'*articolo* 268, « *non possono essere tutori, protutori, curatori..... le donne, eccettuate le ascendenti e le sorelle* », lo stesso non può dirsi della moglie nel caso di inabilitazione del marito perchè la *eccezione* non la contempla; quindi non potendo darsi alla eccezione una intepretazione estensiva deve necessariamente tornare a rivivere la regola generale, ossia la regola della esclusione.

Per quanto logica si presenti questa conclusione, pare a noi più conforme alla equità ed allo spirito della legge il ritenere che anche la moglie possa essere curatrice del marito inabilitato. Se a tale incarico possono essere nominate le ascendenti e le sorelle, non vi è motivo di escludere la moglie. Per le prime è la ragione del sangue che le chiama alla curatela, per la moglie l'affetto coniugale.

La legge non ha, come nella interdizione, deferito l'ufficio di curatore ai coniugi perchè non ha voluto stabilire una curatela legittima, ed ha conseguentemente rilasciato al consiglio di famiglia la facoltà di nominare il curatore. — Non vi è dubbio che il marito non possa essere nominato curatore della moglie inabilitata. Perchè non deve concedersi lo stesso diritto alla moglie nella *inabilitazione* del marito...? Se la legge per conservare la uguaglianza, tratta i coniugi alla pari nella interdizione, deve ragionevolmente presumersi che abbia inteso e voluto trattarli alla pari anche nel caso della inabilitazione.

863. Veduto quando ed in qual modo la legge deferisce alle donne gli uffizi tutelari, crediamo opportuno esporre brevemente i principi che ne regolano l'esercizio.

864. Due cose sono preliminari all'esercizio delle tutele, l'*inventario* e la *cauzione*.

865. I tutori devono far constare per mezzo di inventario lo stato dei beni dei quali viene loro affidato l'amministrazione *(art. 281)*. — L'inventario è il titolo ed il fondamento dei conti della tutela, ed il tutore non può assumerne l'esercizio prima di avervi proceduto (5). — L'inventario deve essere esatto, fedele, e completo e contenere — la indicazione dei mobili,

(5) « *Nihil gerere ante inventarium factum « cum oportet* » Leg. 7. ff. de admiust. et peric. tut.

crediti e debiti — la designazione degli immobili — la descrizione delle scritture carte e note relative allo stato attivo e passivo del patrimonio *art.* 283).

Fino a che l'inventario non sia compiuto l'amministrazione del tutore deve limitarsi agli affari che non ammettono dilazione (*art.* 289).

866. Nesson tutore *legale* o *dativo* che sia, può essere dispensato dal procedere all'inventario. Ciò è stabilito espressamente dall'Articolo 281. » *Il tutore farà immediatamente procedere all'inventario pei beni del minore, non ostante qualunque dispensa.* »

La omissione dell'inventario sottopone il tutore al risarcimento dei danni e può ancora essere causa della di lui remozione (*art.* 288).

E tale e tanta è la importanza di quest'*atto* che i tutori, nel compilarlo, devono essere cauti di dichiarare se abbiano debito, credito o altre ragioni verso il minore, alla pena, mancando, della decadenza dai loro diritti, e di essere remossi dalla tutela (*art.* 286).

867. I tutori nell'assumere l'esercizio della tutela son tenuti a garantire quanto saranno per fare nella amministrazione mediante idonea cauzione.

L'articolo 292, parla semplicemente di *cauzione* da prestarsi dai tutori: è quindi razionale il ritenere che tale cauzione possa darsi o mediante iscrizione della ipoteca legale, o mediante un fidejussore o mediante deposito di danaro o di cedole sul debito pubblico dello Stato, perchè chi è obbligato a dare una *cauzione* ha facoltà di somministrare quella cautela che più gli piaccia purchè riconosciuta idonea a garantire l'interesse dell'amministrato (6).

868. Per regola tutti i tutori sono tenuti a prestare cauzione. La legge non dispensa da quest'obbligo se non se l'avo paterno e l'avo materno (*art.* 292), in quantochè ritiene che lo stretto vincolo del sangue che intercede tra essi sia arra più che bastante per la buona amministrazione dei beni dei minori.

Ma la moralità, la buona condotta, e la intelligenza del tutore possono offrire una uguale garanzia. Quindi è che la legge accorda facoltà al consiglio di famiglia di dispensare i tutori, secondo le circostanze, dal prestare cauzione.

869. Di fronte ad un obbligo così assoluto non è a dubitarsi che anche le *ascendenti* e le sorelle siano tenute a prestare cauzione perchè, come abbiamo già osservato, esse non sono tutrici *legittime* ma tutrici dative a tutti gli effetti.

870. Ma il coniuge tutore dell'altro coniuge interdetto sarà tenuto a prestare cauzione...?

Noi crediamo che sì. La legge non dispensa che l'avo paterno e l'avo materno e siccome le disposizioni relative alla tutela dei minori sono comuni alla tutela degli interdetti (*art.* 329), così non può ammettersi a favore del coniugo una eccezione che non è contemplata dalla legge. Se il coniuge è dichiarato tutore di *diritto*, si è per la facoltà che ad esso si attribuisce di assumere l'esercizio della tutela, non per esimerlo dagli obblighi che vi sono inerenti.

871. I diritti e gli obblighi del tutore sono relativi — alla cura della persona del minore o dell'interdetto — alla di lui rappresentanza — alla amministrazione dei suoi beni (*art.* 277).

872. La cura della persona del minore porta la obbligazione di provvedere al mantenimento, alla educazione, ed istruzione del medesimo. Ciò però non è abbandonato esclusivamente allo zelo ed alla intelligenza del tutore, ma incombe al consiglio di famiglia di provvedervi, stabilendo il luogo in cui il minore deve essere educato, il genere d'istruzione da darsi al medesimo, e l'annua spesa occor-

(6) *Cod. civ. art. 1922.* — *Cod. di proc. civ. art. 330.*

rente *(art.* 278, 291*)*. Perlochè il tutore non è, in tale rapporto, che l'esecutore delle deliberazioni del consiglio di famiglia.

873. Il diritto di rappresentare il minore negli *atti* civili rientra, per molti riguardi, nella amministrazione dei suoi beni, poichè gli atti civili nei quali il minore è rappresentato dal tutore sono i *contratti* e le *cause* che possono interessare il suo stato e la sua fortuna. Ma tutti questi atti sono fatti a nome del tutore e senza il concorso del minore, ed è in questo senso che il tutore lo rappresenta negli *atti* civili. Ve ne sono altri nei quali il minore comparisce e stipula in proprio nome, per esempio, nell'*atto* del suo matrimonio dopo avere ottenuto il consenso del consiglio di famiglia *(art.* 1386*)*.

874. Gli *atti* del tutore relativamente alla amministrazione dei beni possono dividersi in tre classi — in quelli nei quali può agire indipendentemente dal consiglio di famiglia — in quelli in cui ha bisogno della autorizzazione del consiglio — in quelli finalmente nei quali oltre la autorizzazione del consiglio è necessaria la omologazione dei tribunali.

875. Egli ha diritto di fare solo tutti gli atti di semplice amministrazione, o siccome in tali atti è il mandatario legale ed il rappresentante del minore così gli atti stessi hanno la medesima forza che se fossero stati fatti dal minore emancipato o divenuto maggiore.

L'obbligo generale che la legge gli impone nel corso della sua gestione si è quello di amministrare da buon padre di famiglia, e di rispondere della propria colpa e negligenza *(arg. art.* 1746*)* (7).

876. Obbligo speciale del tutore, compiuto che sia l' inventario, si è di richiamare il consiglio di famiglia a deliberare sulle somme occorrenti per il mantenimento, la educazione e l'istruzione del minore, e per l'amministrazione del patrimonio.

Omettendo di provocare dal consiglio le opportune deliberazioni su' tali oggetti egli diviene responsabile, scaduti tre mesi, degli interessi di qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie *(detto art.* 291*)*.

877. Altro obbligo speciale del tutore si è, di far vendere, nel termine di due mesi dalla formazione dell' inventario, ai pubblici incanti i mobili del minore *(articolo* 290*)*. Tale obbligo però non si estende alle *carte* al portatore o agli oggetti preziosi che si trovassero nel patrimonio, per i quali oggetti spetta al consiglio di deliberare se debbano conservarsi o essere alienati *(art.* 287*)*.

Non si estendo del pari l'obbligo del tutore ai censi, rendite perpetue o temporarie, o ragioni di credito del minoro, la cui alienazione non può essere effettuata senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia *(Cod. di proc. civ. art.* 723.*)*.

Finalmente il tutore dell'interdetto non è tenuto a far vendere i mobili che servono all'abitazione della famiglia *(Cod. civ. art.* 332*)*.

878. Il dovere che ha il tutore di portare agli interessi del suo amministrato tutta la sollecitudine di un padre per i propri figli, richiede da lui che egli faccia il sacrifizio dei propri, e si astenga da certi atti, che leciti per gli altri, hanno cessato di essere tali per esso dal momento che è divenuto il custode della fortuna del minore.

Quindi, se per qualunque causa si procedesse alla vendita dei beni del minore e dell' interdetto, il tutore non se ne potrebbe fare acquirente; come ugualmente non potrebbe accettare cessioni di credito contro il medesimo, o prenderne in affitto i beni senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia *(art.* 300*)*.

(7) « *A tutoribus et curatoribus pupillorum* « *eadem diligentia exigenda est circa admini-* « *strationem rerum pupillarium, quam pater* « *familias rebus suis ex bona fide praebere* « *debet.* »

— *Leg.* 33. *ff. de adm. et per tut.*

879. Tutto quello che sorte dalla sfera della pura e semplice amministrazione non può esercitarsi dal tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. — Così, senza tale autorizzazione non può riscuotere i capitali del minore; farne impiego, prender denaro a mutuo, accordare pegni ed ipoteche, alienare beni immobili o mobili. — Non può ugualmente cedere o trasferire crediti o carte di credito, fare acquisto di beni immobili o mobili, eccettuati gli oggetti necessari alla economia domestica, ed alla amministrazione del patrimonio. — Non può del pari fare locazioni eccedenti il novennio, accettare o repudiare eredità, accettare donazioni o legati soggetti a pesi e condizioni, procedere a divisioni o provocarle giudizialmente: — Non può, in fine, senza tale autorizzazione fare compromessi o transazioni, e promuovere azioni in giudizio, meno si tratti di casi di urgenza, o si tratti di azioni possessorie o di questioni relative al conseguimento delle rendite *(art. 296)*.

880. Sono poi sottoposte alla omologazione del tribunale tutte le deliberazioni del consiglio di famiglia per le quali siano autorizzati atti di alienazione, di pegno o di ipoteca dei beni del minore — o che autorizzino il tutore a prendere danari a prestito — o che siano relative alle transazioni, ai compromessi, e alle divisioni in cui sia interessato il minore *(art. 301)*.

881. I tutori sono tenuti a render conto *(art. 302)*. Essi non possono sottrarsi a quest'obbligo sotto verun pretesto e qualunque esenzione che ne avessero ottenuta sarebbe di nessun effetto *(articolo 304)*, perchè contraria alla essenza della tutela ed incompatibile colla idea di un *contabile*.

882. Annualmente sono obbligati a presentare al consiglio di famiglia gli *stati* di *situazione* della tenuta gestione. — Dalla presentazione di questi stati la legge dispensa soltanto l'avo paterno, e l'avo materno *(art. 303)*, ma accorda facoltà al consiglio di famiglia di concedere tale dispensa quando la tutela sia esercitata dal coniuge, dal padre o dalla madre *(articolo 331)*.

883. Terminata l'amministrazione deve essere reso il conto definitivo. — Ciò può verificarsi o perchè l'amministrato sia morto, o abbia raggiunto la età maggiore sia stato emancipato o liberato dalla interdizione, o perchè il tutore cessi dal suo ufficio, come se fu dispensato o remosso.

884. Se la tutela è *cessata*, il conto definitivo deve rendersi agli eredi se l'amministrato muore durante la minore età *(art. 306, capv.)*; all'amministrato medesimo, se questi abbia raggiunto la età maggiore, sia stato emancipato o liberato dalla interdizione *(art. 305, 307, 316)*.

Però all'oggetto che la presentazione e successiva approvazione del reudimento di conti sia valida ed efficace occorre che il minore, divenuto maggiore, sia assistito nell'esame del conto dal protutore, o in di lui mancanza da altra persona designata dal Pretore, e che il minore emancipato sia assistito dal suo curatore *(art. 307 316)*.

885. Se poi il tutore cessi dall'ufficio prima che l'amministrato sia giunto alla maggiore età o sia emancipato il conto della tutela deve rendersi a colui che succede nella tutela stessa. Ma allora deve essere reso in presenza del protutore, e perchè sia definitivo ed abbia la efficacia di liberare il tutore occorre la approvazione del consiglio di famiglia *(art. 306)*. — Ciò è reclamato non solo dall'interesse del nuovo amministratore, ma ancora dall'interesse del minore, perchè se da un lato è dovere del nuovo tutore di esigere il conto della gestione del suo predecessore, di fare rientrare ciò che è dovuto, e di farsi rilasciare i beni, i titoli, e i documenti del minore, da un altro lato questo conto tiene luogo, a riguardo del nuovo tutore, dell'inventario che è fatto alla apertura della tutela, ed al quale

il protutore deve assistere necessariamente *(art. 282)*. È questo *conto* che constata lo stato nel quale il nuovo tutore assume l'amministrazione.

886. Stabilisce l'articolo 307 che prima della approvazione definitiva del conto della tutela nessuna convenzione può aver luogo tra il tutore ed il minore fatto maggiore.

Anche qui, come ben si rileva, la legge protegge il minore al di là della sua minorità. Essa considera che, avanti il rendimento di conti, l'amministrato, benchè divenuto maggiore, è sempre sotto la influenza del suo tutore contabile, e che, in questa situazione, egli non gode ancora di quella piena libertà senza della quale non può esservi veruna obbligazione.

La disposizione è assoluta e generale, e deve ritenersi comprendere tanto le convenzioni che possano aver relazione all'esercizio della tutela, e conseguentemente col rendimento di conti, quanto qualunque altra convenzione estranea ed indidipendente. E che realmente lo spirito della legge sia quello di colpire di incapacità assoluta il tutore e l'amministrato a contrattare tra loro prima del rendimento di conti ce ne somministra un validissimo argomento l'Articolo 769 col quale si stabilisce, che il tutore non può mai trarre profitto dalle disposizioni testamentarie del suo amministrato fatte prima della approvazione del conto definitivo, quantunque il testatore morisse dopo l'approvazione del conto.

887. Il conto che si presenta deve essere dettagliato e corredato dei documenti giustificativi.

Deve necessariamente essere composto di due capitoli, il primo dell'*esatto*, che deve enunciare partita per partita, e data per data ciò che il tutore ha ricevato effettivamente; il secondo delle *spese*, che ugualmente devono essere poste articolo per articolo, e data per data. — Si fa in seguito un capitolo particolare dei *residui* da esigersi, e degli oggetti da recuperarsi. — Deve quindi chiudersi con una recapitolazione ossia bilancio delle *entrate* e delle *spese (Cod. di proc. civ. art. 320.)*

888. Il metodo più chiaro e semplice a seguirsi in ciascun capitolo dell'*esatto* e del *pagato* è di spiegare gli oggetti articolo per articolo, e secondo l'ordine cronologico di ciascuna partita indicando i documenti giustificativi.

889. Vi sono però sempre delle spese minute che non possono provarsi con documenti, e che si sogliono abbuonare sopra l'asserzione del contabile. L'*Articolo* 304 si limita a dire che » *si ammetteranno in favore del tutore tutte le spese che* » *soranno sufficientemente giustificate*, » senza fisssare, come si vede, il relativo genere di prova.

Aggiunge ancora detto *Articolo*, che tali spese devono essere » *riconosciute* » *utili al minore.* » Sul che è da osservare che si è al momento in cui la spesa venne fatta che bisogna giudicare della utilità e non dall'evento (8).

890. L'ordine cronologico in cui si segue esattamente quello delle *date* è sopratutto necessario per distinguere ciò che deve produrre degli *interessi*, e da qual giorno devono decorrere.

Come già si è veduto, dispone l'*Art.* 291 — che il consiglio di famiglia stabilisce l'annua spesa occorrente per il mantenimento, l'educazione e la istruzione del minore » *fissando la somma da cui co-* » *minci l'obbligo al tutore di impiegare gli* » *avanzi delle rendite, il modo dell'impiego,* » *e il tempo entro il quale debba esser fat-* » *to* » — che il tutore che abbia omesso in proposito le deliberazioni del consiglio » *diventerà responsabile degli interessi di* » *qualunque somma eccedente la spese stret-*

(8) « *Sufficit tutori, bene et diligenter nego-* « *tia gessisse, etsi eventum adversum habuit* « *quod gestum est.* »
— Leg. 3. § 7. ff. de contr. tut. et ut. act.

» *tamente necessarie.* » Ora la indicazione cronologica dell'esatto e dello speso giova grandemente a far conoscere il quantitativo degli interessi dei quali il tutore rimane responsabile.

891. Tostochè il tutore ha messo nel suo *conto* i due capitoli relativi alle entrate ed alle spese, egli si è uniformato al voto della legge; il di più concernente la *forma* dipende da lui; il conto è sua opera.

Ma quando in un *conto* regnino confusione e disordine sorge contro colui che lo rende una sinistra prevenzione, perchè non può attribuirsi che alla incapacità o alla mala fede. — Alla incapacità se non ha saputo mettervi l'ordine e la chiarezza necessarie per renderne facile la intelligenza e la discussione. — Alla cattiva fede se vi ha messo una confusione artificiosa col disegno di sorprendere nascondendo i suoi errori.

892. Approvato il rendimento di conti, il *reliquato* dovuto dal tutore porta *interessi* dal giorno della ultimazione del conto stesso, ed indipendentemente da qualunque domanda *(art. 308)* — I soli *interessi* però del *residuo debito,* non gli *interessi* degli interessi, poichè non avendo più il tutore l'obbligo di collocarli, è la sola massa del *reliquato* che produce interessi fino al giorno del pagamento.

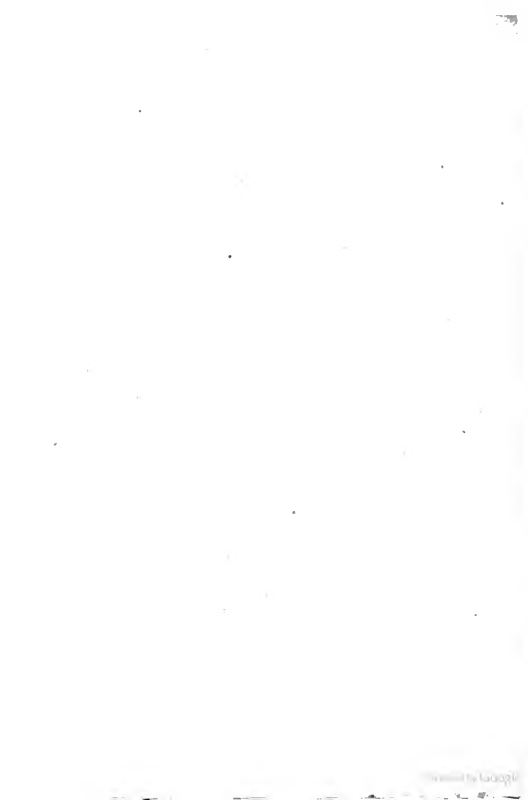
Al contrario se è l'amministrato quello che rimane debitore, gli *interessi* sulla somma dovuta non decorrono a favore del tutore se non dal giorno della domanda giudiziale *(art. 388 capov.)*

893. L'azione dei conti come qualunque altra relativa ai fatti della tutela si prescrive in dieci anni computabili dal giorno della maggiore età, o dalla morte dell'amministrato *(art. 309.)*

894. Questa prescrizione di dieci anni, che è comune al tutore ed all'amministrato, non si applica che all'azione dei conti, e allo altre azioni pei fatti della tutela, come quelle che tendono a rendere il tutore responsabile della sua gestione. Ma allorchè queste azioni sono state esercitate, e che il tutore si è riconosciuto debitore di una somma o che è stato condannato a pagarla non può aver luogo che la prescrizione ordinaria, quella cioè di trent'anni, perchè la reclamazione di questo debito non è relativo ai conti della tutela che sono già stati dispunti e liquidati, ma è una azione che nasce dalla liquidazione del conto.

Su queste considerazioni appunto il citato Articolo 309, fa una eccezione alla prescrizione come sopra stabilita disponendo che essa non si applica « *all'azione* » *del pagamento del residuo resultante dal* » *conto definitivo.*

895. Questa disposizione della legge deve ritenersi applicabile indistintamente al minore ed al tutore non solo per la *generalità* con cui è concepita, quanto ancora per il riflesso, che le obbligazioni del tutore e del minore sono correlative ed indivisibili, poichè se il minore ha contro il suo tutore l'azione diretta *(directa actio tutelae)* per domandare il conto dei suoi beni, il tutore ha l'azione contraria *(actio tutelae contraria)* per richiedere il pagamento di quanto è rimasto creditore.

PARTE SECONDA.

PARTE SECONDA

DEI DIRITTI SUCCESSORI, E DELLE OBBLIGAZIONI DELLE DONNE

TITOLO PRIMO

Della successione dei coniugi.

SOMMARIO

896. La successione tra coniugi è altrettanto giusta e razionale quanto la successione tra gli altri congiunti.

L'intima società che ha luogo tra marito e moglie, la comunanza di affetto, la assidua e comune partecipazione ai travagli della vita, le comuni cure prestate alla prole costituiscono rapporti tali che non possono ne debbono disconoscersi.

Se la legge, in mancanza di espressa volontà del defunto, presume che il medesimo abbia voluto trasmettere la sua *fortuna* a coloro che gli sono più strettamente uniti per vincoli di sangue e di affezione, non potrebbero certamente supporsi legami più intimi di quelli che derivano dalla unione coniugale (1).

897. Queste considerazioni così semplici e naturali hanno mosso il nostro Legislatore ad attribuire al coniuge superstite il diritto di succedere in tutto o in parte sulla eredità *intestata* dell'altro coniuge, e di ottenere una quota della ere-

(1) *Relaz. del Min. Guardasigilli del 5 Luglio 1863 sul progetto del primo Libro del Codice civ. pag. 11.*

dità stessa quando ne sia stato disposto per testamento.

È conseguentemente questo doppio diritto di *erede* e di *legittimario* che dobbiamo prendere in esame per conoscerne la misura e gli effetti.

A

Successioni legittime.

898. La legge devolve la successione ai discendenti legittimi, agli ascendenti, ai collaterali, ai figli naturali, ed al coniuge, ed in loro mancanza al patrimonio dello Stato *(art. 721)*.

899. Il diritto accordato al coniuge sopravivente si è quello — di succedere in una quota della eredità in usufrutto o in proprietà secondochè concorra con discendenti, ascendenti, o altri parenti — di succedere nella intiera eredità quando non vi siano parenti successibili entro il sesto grado *(art. 753, 754, 755)*.

900. Ma il coniuge che succede in una *quota* è esso erede del defunto e lo rappresenta a titolo universale...?

Questa questione è stata risoluta in senso affermativo dalla Corte Reale d'appello di Parma (2). — Eccone i principali argomenti che, a parer nostro, sono tali da dimostrare chiaramente la giustizia di quella Sentenza.

L'articolo 760 *(dice la decisione)* stabilisce che le disposizioni testamentarie, sia che comprendano la universalità dei beni, sia che ne comprendano una quota sono a titolo universale, e attribuiscono la qualità di erede. — La quota di usufrutto che l'articolo 753 accorda al coniuge superstite, nel caso che esistano figli, è una quota ereditaria che imprime al coniuge la rappresentanza universale del defunto; ciò si rileva dalle parole usate *eredità, porzione ereditaria*, che rispondono alla idea di *universalità*. — A tale argomento si aggiunge l'altro di essere il coniuge superstite ammesso dall'articolo 753 a fare numero e parte coi figli nella eredità del defunto, assimilandolo a quelli, colla sola differenza della temporaneità del diritto ereditario; ed inoltre l'obbligo imposto al coniuge dall'articolo 756, di imputare i lucri dotali, inquantochè la imputazione è propria dell'erede e non del legatario.

E facendosi a confutare gli obbietti che potrebbero desumersi dall'Art. 753, e dalla rubrica » *dei diritti del coniuge superstite* » sotto della quale è collocato il predetto *Articolo*, la citata Decisione rileva — che la facoltà concessa ai figli di soddisfare la quota del coniugo in denaro, non altera la essenza del diritto, perchè la stessa facoltà è accordata a riguardo dei figli naturali i quali non è a dubitarsi non siano veri e proprj eredi *(art. 744)*, — che non dalle *epigrafi* e dalle parole si definiscono i diritti dei cittadini, ma dalla loro intensità ed estensione giuridica.

901. Ritenuto pertanto che il coniuge riveste la vera e propria qualità di erede scendiamo a vedere la estensione dei diritti che gli vengono attribuiti.

902. Il coniuge superstito succede nell'usufrutto di una quota della eredità se esistono figli legittimi soltanto, o figli legittimi e naturali; nella loro mancanza succede in una *quota* in proprietà: — È questa la regola generale.

903. La quota d'*usufrutto* viene determinata nel modo seguente:

Nel concorso di figli legittimi il coniuge ha » *l'usufrutto di una porzione ereditaria uguale a quella di ciascun figlio compreso nel numero dei figli il coniuge* *(art. 753)*. — Questa quota è una *virile*, per stabilire la quale si computano e coniuge e figli — È poi da osservarsi che sotto la denominazione di figli legittimi si intendono anche i figli legittimati, gli adottivi, ed i loro discendenti *(art. 737)*.

Concorrendo poi con figli naturali e figli legittimi » *l'usufrutto del coniuge sarà*

(2) *Decis. dei 19 Ottobre 1868. (Annali di G. P. Ital. 1868. P. 2, col 318.)*

» *di una porzione uguale a quella che tocca* » *a ciascun figlio legittimo (detto art.* 753, » 1. *capov.).* — È da avvertirsi che i figli naturali quando concorrono con figli legittimi o loro discendenti hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi *(art. 744).* Ora il coniuge deve avere in usufrutto una quota uguale a quella che tocca a ciascun figlio legittimo, non già una quota uguale a quella che tocca ai figli naturali che non è che la metà.

904. Tanto nel caso della esistenza di figli legittimi soltanto, quanto nella esistenza di figli legittimi e di figli naturali, mai nè in verun caso la quota d'usufrutto può eccedere il quarto della eredità *(detto art.* 753, 2. *capov.).*

905. La legge, nella veduta certamente di evitare le questioni che potrebbero sorgere sull'esercizio e godimento dell'usufrutto, accorda facoltà agli eredi di soddisfare alle ragioni del coniuge o mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o capitali ereditari da determinarsi d'accordo, e altrimenti dalla autorità giudiziaria, avuto riguardo alle circostanze del caso *(art.* 753, 2. *capov. art.* 819*).*

906. Come si è accennato, mancando i discendenti, la quota di successione si deferisce al coniuge in proprietà.

Questa *quota* è la terza parte dell'asse ereditario se vi sono ascendenti, o figli naturali, o fratelli o sorelle, o loro discendenti.

È il quarto della eredità se il coniuge concorra a un tempo con ascendenti legittimi e con figli naturali *(art.* 754*).*

Succede poi in due terzi della eredità stessa se vi siano altri parenti successibili.

Quando finalmente non vi siano parenti successibili entro il sesto grado l'eredità si devolve al coniuge per intiero *(art.* 755*).*

907. Il diritto di successione tra i coniugi è fondato sulla presunta affezione; ma questa presunzione può, per le circostanze, cessare di avere la sua forza; necessità quindi di stabilire delle condizioni e dei limiti all'esercizio di quel diritto. Ciò ha fatto l'articolo 757 disponendo che » *i diritti di successione accordati al co-* » *niuge superstite non competono al coniuge* » *contro cui il defunto abbia ottenuto sen-* » *tenza di separazione personale passata in* » *cosa giudicata* ».

La esistenza, infatti, di una *separazione* costituisce una specie di *indegnità*, imperocchè quando si sono conculcate le relazioni di affetto, e furono violati i doveri coniugali, il coniuge che dette motivo alla separazione non può essere chiamato a succedere per affezione presunta dell'altro senza fare oltraggio alla verità ed alla coscenza pubblica. Giustamente quindi la legge impone un limite al diritto di successione nel caso della esistenza di una sentenza di separazione. È una pena che mettendo in moto principalmente la molla dell'interesse può servire a rattenere i coniugi nell'adempimento dei loro doveri (3).

908. Ma per privare il coniuge del diritto di successione bisogna che la di lui colpa sia legalmente constatata; ed è appunto per questo che il citato Articolo 757, richiede che la sentenza di separazione sia passata in cosa giudicata al momento della morte del coniuge. — Una sentenza non può produrre effetto fintantochè non sia divenuta irretrattabile. Questo principio così consentaneo alla ragione, deve con maggior vigore essere applicato nel caso di cui si tratta, essendovi di mezzo l'onore del coniuge, ordinariamente della moglie, a cui non può imprimersi il marchio di adultera e privarla dei di lei diritti sulla fede di una prima sentenza, che può essere talvolta ingiusta ed erronea, e della quale conviene sempre lasciarle il diritto di chiedere la riforma per tutelare il suo onore, essendo evidente che, corretta la sentenza per questo motivo,

(3) *Detta Relaz. pag. 11.*

non deve la moglie rimanere priva del diritto di successione (4).

909. Nella esistenza di una sentenza di separazione personale, la legge dichiara incapace il coniuge sopravivente di succedere nella eredità in quanto la separazione sia intervenuta per di lui colpa; ma quando sia avvenuta per colpa del coniuge defunto cessa la ragione della proibizione. — Il coniuge innocente non può ne deve perdere i vantaggi che ad esso assicurava il matrimonio. — Si potrà dire che, avendo il coniuge defunto dato motivo alla separazione, ha dimostrato la poca affezione per l'altro, e che quindi manca il fondamento su cui poggia la successione dei coniugi. Ma dal fatto di non avere disposto delle cose sue sorge del pari altra presunzione che i sentimenti di affetto siano tornati a rivivere in lui, e che appunto non abbia disposto dei proprj beni perchè il coniuge sopravivente profittasse del diritto che gli accorda la legge.

D'altronde l'articolo 156, dispone che il coniuge il quale non ha dato motivo alla separazione conserva ogni diritto ed ogni utile derivante dal contratto di matrimonio; e gli articoli 757, 812, stabiliscono che è incapace di succedere il coniuge contro del quale il defunto ottenne sentenza di separazione. Quindi si può concludere che il coniuge che non motivò la separazione ha diritto di succedere nella eredità dell'altro coniuge.

910. Fu nella Commissione coordinatrice del Codice proposta la questione, se passando il coniuge a seconde nozze non fosse il caso di dichiarare la decadenza del suo diritto di successione. Questa proposta venne rigettata sul riflesso — che la fede coniugale deve mantenersi inviolata durante il matrimonio, ma che non può pretendersi di più dagli sposi, e tanto meno dalla societa — che la legge, se no avesse il potere, dovrebbe colpire il mal costume, non già il secondo matrimonio che spesso è rimedio — che la vedovanza può essere desiderata e favorita quando trattasi dell'interesse esclusivo del coniuge — che una limitazione al dirtto di successione pel passaggio del coniuge a nuovo matrimonio avrebbe offeso il diritto *razionale*, poichè se si accordava una ragione di legittima al coniuge, la medesima doveva essere assoluta, ne poteva venir meno per le seconde nozze — che finalmente, questa decadenza non avrebbe potuto che favorire le unioni illegittime a danno della morale (5).

II

Successioni testamentarie.

911. L'uomo ha dalla natura stessa il diritto di disporre dei beni che gli appartengono a qualunque titolo oneroso o gratuito che sia; ma poichè l'ordine sociale soltanto garantisce il godimento di questo diritto, così si deve riconoscere che la legge positiva possa imporre al suo esercizio i limiti e le condizioni che reclamano l'interesse della società, quello delle famiglie, ed ancora l'interesse particolare di colui che dispone.

912. Questi limiti e queste condizioni riguardano principalmente — la capacità di disporre e di ricevere per testamento — la fissazione della quota disponibile, e la misura in caso di eccesso.

913. Così la legge dichiara incapaci di disporre per testamento 1.° coloro che non hanno compiuta la età di diciotto anni; 2.° gli interdetti per infermità di mente; 3.° quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento *(art. 763)*.

Colpisce di incapacità assoluta a ricevere — coloro che sono incapaci di succedere per legge, o perchè non ancora concepiti al tempo della apertura della successione, o perchè non nati vitali, o perchè dichiarati indegni *(art. 724, 725,*

(4) *Proces. verbal. della Commis. coord. del Cod. civ. pag. 360.*

(5) *Detti proc. verbal. pag. 362.*

764.) — ed i figli del testatore nati fuori di matrimonio dei quali non è ammesso il riconoscimento legale *(art. 767)*.

Colpisce di una incapacità relativa — il tutore di fronte alle disposizioni testamentarie del suo amministrato *(art. 769)* il binubo a riguardo delle disposizioni verso il nuovo coniuge *(art. 770)*.

914. Così ugualmente la legge proibisce al testatore di disporre della totalità dei suoi beni quando, morendo, lasci superstiti figli, o ascendenti, o coniuge.

915. Non certamente in odio alle seconde nozze, ma nell'interesse esclusivo dei figli del primo matrimonio, il Codice ha imposto al binubo dei limiti e delle condizioni nelle sue liberalità a favore del nuovo coniuge, prescrivendo coll'articolo 770 che « *il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio.* »

Questa disposizione che non è in sostanza che la riproduzione del *principio* accolto dal diritto Romano (6) ci richiama a due indagini — sul modo e la misura delle liberalità — su'i loro effetti ove eccedano il limite stabilito.

916. Prescrive il citato Articolo 770, che non può lasciarsi al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che sia stata lasciata al meno favorito dei figli. — Quindi intanto è valida la disposizione del binubo in quanto sia uguale o inferiore a quella minor porzione che sia stata lasciata ad alcuno dei figli.

Così, se del primo matrimonio non esiste cho un figlio, il binubo non può disporre a favore del nuovo coniuge che di una porzione uguale a quella lasciata al figlio stesso. — Parimente se più sono i figli ed a tutti sia stata lasciata una porzione uguale.

(6) *Leg. 6. Cod. de secund. nupt.*

Ma se ad un figlio, per osempio, sia stato lasciato Lire 1000, ad un altro Lire 1500, ad un terzo Lire 3000, il binubo non può disporre a favore del nuovo coniuge che di una quota di lire 1000, perchè questo è il *minimo* lasciato ad uno dei figli.

917. Potrebbe il binubo lasciare validamente al nuovo coniuge la metà dei suoi beni, riservando l'altra metà a favore dei figli...?

Noi non lo crediamo — Nella esistenza dei figli la legge non permette disporre che della metà dei propri beni, rimanendo l'altra metà riservata a favore dei medesimi a titolo di legittima. — Il conseguimento pertanto di questa porzione legittima è un dirtto che deriva loro direttamente dalla legge, ed indipendentemente dalla volontà del testatore.

Ma a riguardo del binubo la legge impone al medesimo un limite, una condizione di più; gli proibisce disporre a favore del nuovo coniuge di una porzione maggiore di quella di cui abbia disposto a favore dei figli. Ciò non vuol dire che, rimanendo salva la porzione *legittimo*, sia valida la liberalità del binubo; vuol dire, invece, cho della *quota* di cui può disporre deve lasciare alcun che ai figli, ed il quantitativo di questa disposizione deve essere la norma per le liberalità a favore del nuovo coniuge.

L'articolo 770 parla, infatti, di porzione che si « *può lasciare al nuovo coniuge* » di porzione che si « *sia lasciata al meno favorito dei figli.* » — Ma non si può lasciare ciò di cui non si ha la libera disponibilità, qualo è la porzione riservata ai figli a titolo di legittima.

Se questa non fosse la intelligenza da darsi al rammentato *Articolo*, la proibizione ivi contenuta rimarrobbe lettera morta, ed il binubo potrebbe benissimo disporre della metà dei suoi beni a favore del nuovo coniuge.

Ma non è così. La legge con quella proibizione ha inteso e voluto garantire

l'interesse dei figli che potrebbe venire compromesso col nuovo matrimonio del loro padre o della loro madre i quali, in braccio a nuove affezioni, e dando vita ad una nuova famiglia, potrebbero facilmente dimenticare i doveri che gli incombono verso i figli di primo letto (7).

918. Le liberalità del binubo eccedenti la misura prescritta sono nulle radicalmente, oppure sono semplicemente riducibili?

Il Codice dopo aver contemplato negli articoli 766 e successivi le diverse ipotesi di incapacità a ricevere per testamento, commina coll'articolo 773, la pena della nullità ove siasi contravvenuto allo sue disposizioni, comprendendo erpressamente nella sua sanzione anche la ipotesi dello Articolo 770, cioè del binubo che lasci al nuovo coninge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio.

Stando, pertanto alla materialità della disposizione sarebbe a ritenersi che le *liberalità* a favore del nuovo coniugè eccedenti la misura prescritta siano nulle radicalmente, e debbansi riguardare come non avvenute.

Ciò non ostante, pare a noi, che la nullità comminata dalla legge sia riferibile all'*eccesso*, non alla sostanza della liboralità. Cosa prescrive infatti l'articolo 770? — Che il binubo non può lasciare al nuovo coniuge una porzione maggiore di quella che abbia lasciato ai figli. Dunque ammotte, per implicito, la validità della disposizione fino al limite della misura legale. È l'*eccesso* che la legge contempla, ed in quanto riguarda questo eccesso commina la nullità;

Questa iotelligenza da darsi all'Articolo 773, trova appoggio nello spirito della legge, nelle disposizioni del diritto comune. — Nello spirito della legge, perchè la regola generale stabilisce in materia di disposizioni testamentarie eccedenti la misura legale, non è la nullità radicale di tali disposizioni, ma la loro *riducibilità (art. 821).* — Nelle disposizioni del diritto comune, perchè è certo per la opioione dei più culti interpreti, che le liberalità del binubo eccedenti la misura stabilita sono riducibili al limite legale, repartendosi il di più tra i figli (8).

---

919. La limitazione della facoltà di disporre a titolo gratuito ha la sua sorgente nei doveri che la natura e la società impongono agli ascendenti e ai discendenti gli uni verso degli altri.

Dal momento che un uomo ha dei discendenti o degli ascendenti, i suoi beni si dividono in due parti: l'una di cui egli può disporre, l'altra di cui non può disporre e che viene riservata a titolo di legittima a coloro che vi hanno diritto.

920. Questo principio di equità e di giustizia lo troviamo ammesso in tutte le Legislazioni. — Ma il nostro Codice è andato più oltre: ha ammesso il diritto alla legittima anche a favore dei figli naturali riconosciuti, e del coniuge sopravivente *(art. 812, 815).* — A favore dei primi, perchè il genitore ha verso di loro gli stessi doveri morali e giuridici che ha verso i figli legittimi. — A favore del coniuge, perchè il mutuo soccorso, che si annovera tra i fioi principali del matrimonio, viene dalla legge civile sanzionato come dovere giuridico dei coniugi. Difatti, ponendo a raffronto i doveri tra ascendenti e discendenti, e quelli tra marito e moglie, si resterebbe dubbiosi a dire quali

(7) Anche per diritto Romano la quota legittima non entrava in calcolo per la divisione dei beni del binubo tra i figli di un primo matrimonio ed il patrigno o la matrigna. « *Ita « tamen, ut quarta pars, quae eisdem liberis « debetur ex legibus nullo modo minuatur, nisi « ex his causis quae de inofficioso excludunt « querelam.* » Leg. 6 Cod. de secund. nupt.

(8) Vedi Gothofredo nella interpretazione alla *Leg. 6. Cod de secund. nupt. n.° 57.*

siano più sacri, e di una maggiore importanza sociale. Certo è che dai doveri fra i coniugi germinano i doveri tra genitori e figli (9).

921. Scendendo a conoscere le singole disposizioni relative al diritto di *riserva* competente al coniuge superstite, è da osservarsi che, mentre nella successione intestata, mancando i discendenti, si accorda al medesimo una quota in proprietà, qui invece non gli si concede che una quota in usufrutto *(art.* 812, 815*)*.

La ragione di tal differenza, per noi, è questa. — La quota di usufrutto, nelle successioni intestate, non può mai eccedere il *quarto* della intiera eredità *(art.* 753, 2. *capov.)*, mentre nella successione testamentaria non è imposto limite veruno. Ora potendo il coniuge conseguire una quota di gran lunga maggiore di quella che gli è attribuita nella successione intestata, è forse questo maggior vantaggio che può risentire la causa che ha mosso il legislatore a stabilire questo diverso trattamento.

922. La quota in usufrutto accordata al coniuge superstite è maggiore o minore secondochè esistono o no discendenti o ascendenti.

923. Nel caso che il testatore lasci figli legittimi o loro discendenti il coniuge ha diritto » *all'usufrutto di una porzione » uguale a quella che spetterebbe a ciascun » figlio a titolo di legittima comprendendo » nel numero dei figli anche il coniuge » (articolo* 812*)*. — Anche, qui come ben si rileva, è una quota *virile* per determinare la quale si computano coniuge e figli.

Quando esistano soltanto ascendenti la parte riservata al coniuge in usufrutto è il quarto della eredità *(art.* 813*)*.

È il *terzo* quando il testatore non lascia ne discendenti ne ascendenti aventi diritto a legittima. *(art.* 814*)*.

924. Mentre il legislatore ha accordato al coniuge una quota di usufrutto, ha voluto per altro che il conseguimento della medesima non rechi pregiudizio agli eredi aventi diritto a legitttma; quindi ha stabilito coll'articolo 818, che » *la » porzione dovuta al coniuge ed ai figli na». turali non porta diminuzione della legit» tima spettante ai discendenti legittimi od » agli ascendenti, e forma così una detra» zione della parte disponibile.* »

925. Anche nelle successioni testamentarie, come nelle intestato il coniuge non può conseguire cosa alcuna se sussista contro di lui sentenza di separaziono personale passata in cosa giudicata *(art.* 812*)*.

926. Ugualmente come nella successione intestata, ed all'oggetto di evitaro ogni imbarazzo nella divisione ereditaria, è data facoltà agli eredi di soddisfare alle ragioni del coniuge o mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o capitali ereditari da determinarsi d'accordo, e altrimenti, dalla autorità giudiziaria avuto riguardo alle circostanze del caso *(art.* 819*)*.

927. Il diritto di riserva attribuito al coniuge superstite se non può, a rigore, qualificarsi per un vero e proprio diritto di legittima, vi si avvicina però, e ne gode tutte le garanzie, e ciò per la espressa disposizione dell'articolo 829 » *il co» niuge superstite ed il figlio naturale per » le quote di usufrutto o di proprietà loro » rispettivamente attribuite, godono degli » stessi diritti e delle stesse garantie di » cui godono i legittimori riguardo alla le» gittima, salvo ciò che è stabilito dagli ar» ticoli* 815 e 819 », vale a diro, a riguardo del coniuge, salva negli eredi la facoltà di soddisfaro alle di lui ragioni in altri modi che colla divisione ereditaria.

Dalla quale disposizione emergono duo conseguenzo. — Che la quota di usufrutto alla pari della quota legittima, non può essero sottoposta a pesi o condizioni di sorta *(art.* 808.*)* — Che, come ai legittimari, compete al coniuge il diritto di far

(9) *Relaz. sul proget. del primo Lib. del Cod. civ. pag.* 19.

ridurre le disposizioni testamentarie allorchè vulnerino la quota che la legge riserva a favore del medesimo *(art. 821)*.

928. Se la quota di usufrutto deve essere libera dai pesi e condizioni, è giusto però che, nel calcolo della medesima, debba imputarsi tutto ciò che perviene al coniuge superstite dal coniuge defunto, o che gli sia stato lasciato per testamento, o che gli sia pervenuto per effetto delle convenzioni matrimoniali. — È questa la disposizione dell'Articolo 820. » *Ma si il » coniuge, come il figlio naturale, oltre quan- » to sia loro lasciato per testamento devono » imputare alle respettive quote, il primo » tutto ciò che gli sia pervenuto per effetto » delle convenzioni matrimoniali.* »

929. Avvertiremo per ultimo che il coniuge fino a che non sia soddisfatto delle sue ragioni conserva i suoi diritti di usufrutto su' tutti i beni ereditari *(art. 819, capoverso)*.

TITOLO SECONDO.

—

Delle Obbligazioni.

930. La donna innutta o vedova ha, per il nostro Codice, piena ed intiera capacità di obbligarsi alla pari dell'uomo; la donna maritata, al contrario, è colpita di incapacità *(art. 1106)*.

Riavvicinando questi due fatti resulta evidente che la incapacità della donna maritata non è stabilita nell' interesse di lei. Infatti, la *incapacità* quando è introdotta nell'interesse dell'*incapace*, riposa sopra una presunzione legale del difetto di intelligenza sufficiente nel medesimo: ora sarebbe assurdo sostenere che la donna maritata abbia da presumersi di minore attitudine ed esperienza della donna nubile o vedova.

La incapacità non derivando dunque dalla necessità di accordare alla donna una protezione speciale, non può avere altra ragione che quella di fondare la supremazia maritale. Questa, e non altra, è la causa movente il Legislatore a sottoporre la donna, per l'utile esercizio dei suoi diritti civili, alla autorizzazione del marito: ciò omerge chiaramente — dal non richiedersi l'autorizzazione in tutti gli atti della vita civile, ma in alcuni di essi soltanto — dalla facoltà accordata al marito di poter delegare, direm così, questo suo potere alla moglie, autorizzandola in *genere* all'esercizio di tutti o di parte degli atti cadenti sotto la sanzione proibitiva della legge *(art. 134)*. — dall'avere reintegrato la donna nel libero e pieno esercizio dei suoi diritti, quando il marito non possa esercitare il suo potere *(art. 135)* — dal diritto concesso di ricorrere alla giustizia nel caso di ingiusto o capricciosso rifiuto del marito *(art. 136)*.

931. Queste considerazioni ci portano logicamente ad esaminare: 1.° in quali casi si renda necessaria alla donna l'autorizzazione del marito; 2.° quando non sia necessaria, o debba supplirsi dalla giustizia; 3.° quali ne sieno gli effetti.

CAPITOLO PRIMO

—

Quando sia necessaria l'autorizzazione.

SOMMARIO.

932. La incapacità della donna non è assoluta, ma relativa.
933. Atti che non può fare senza il consenso del marito.
934. 935. 936. Non può donare. — Se possa accettare una donazione.
937. 938. Non può procedere ad atti di alienazione. — Se possa accettare una eredità o renunziarvi.
939. Non può accettar mandato.
940. 941. 942. 943. Atti che la donna può fare senza l'autorizzazione del marito.
944. 945. Non può stare in giudizio senza esservi autorizzata.
946. Se occorra una autorizzazione speciale per la renunzia agli atti.
947. 948. Come il marito debba prestare il suo consenso.
949. 950. 951. Autorizzazione espressa — tacita.

952. 953. 954. Autorizzazione in genere accordata dal marito alla moglie. — Deve resultare da atto pubblico. — Può essere revocata.

932. La incapacità a contrattare da cui è colpita la donna maritata per il disposto dell'articolo 1106, non è una incapacità assoluta e generale, ma una incapacità parziale e relativa.

La donna, maritandosi, non perde pienamente l'esercizio dei suoi diritti civili, ma soltanto ne soffre una limitazione a riguardo di quegli atti che più direttamente possano interessare la supremazia maritale.

933. Gli atti che la moglie non può fare senza l'autorizzazione dell'marito vengono così specificati dall'Articolo 134. » *La » moglie non può donare, alienare beni im- » mobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre » mutui, cedere* o *riscuotere capitali, costi- » tuirsi sicurtà, nè transigere* o *stare in » giudizio relativamente a tali atti, senza » l'autorizzazione del marito.*

Dalla quale enumerazione si rileva che la incapacità della donna viene applicata principalmente a due ordini di fatti — ad alienare — a stare in giudizio.

934. Senza l'autorizzazione del marito la donna non può *donare.* — Qualunque ne sia lo scopo, qualunque la causa muovente, qualunque la persona che si intenda gratificare, occorre, per la validità della donazione, il consenso del marito. Quindi è che senza tal permissione non potrebbe donare neppure ai suoi figli, perchè, ciò facendosi, si verrebbe a creare un dualismo nocevolissimo tra quelli che hanno il governo della famiglia. Ed infatti, per modo di esempio, se il padre ricusasse di assegnare una dote alla figlia per impedire forse un matrimonio indecoroso o non conveniente, non sarebbe da lasciarsi facoltà alla madre di contrariare il giudizio paterno, facilitando essa stessa il matrimonio forse per troppa tenerezza verso la figlia costituendole la dote alla insaputa o contro il consenso del padre (1).

935. La legge parlando in genere di donazione intende parlare delle vere donazioni, siano esse di immobili o di mobili, ma certamente non comprende nella proibizione quei semplici doni manuali che non soggiacciono alle norme delle donazioni (2).

936. Ma se la moglie non può donare senza l'autorizzazione del marito, può senza il di lui consenso accettare una donazione!...

Avendo il marito tutto l'interesse di conoscere i motivi che hanno indotto il donatore a volere inspirare a sua moglie dei sentimenti di riconoscenza, ragioni di convenienza potrebbero far ritenere necessaria l'autorizzazione. Ma il Codice non contiene a questo riguardo veruna disposizione proibitiva; anzi se si deve argomentare dal citato Articolo 134 che vieta alla moglie di *donare* senza il consenso del marito può ragionevolmente ritenersi che lo accettare una donazione non le sia impedito, perchè se si possono proibire atti di liberalità in quanto portano diminuzione al patrimonio della donna, e quindi possono pregiudicare all'interesse del marito, la stessa ragione non milita certamente quando si tratta di migliorare la propria condizione.

È vero che la donazione potrebbe muovere da causa immorale, e che il marito è il custode dell'onore della famiglia » *Ma* (così l'illustre Relatore sul progetto del Codice civile), » *sarebbe esso un caso straor- » dinario che la legge non può convenien- » temente supporre per dipartirsi da quella » uguaglianza che in altri argomenti il pro- » getto riconosce tra l'uomo e la donna. Se » non che data anche la causa immorale, » la legge sarebbe impotente a raggiungere » il suo scopo. In tal caso niuno pensa di*

(1) *Process. verbal. della Commis. coord. del Cod. civ. pag. 125.*

(2) *Ibid.*

» *fare un otto solenne di donazione; que-*
» *sto si opera brevi manu, collo rimessione*
» *di donaro, di oggetti preziosi o di cedole*
» *sul debito pubblico. Come potrà la legge*
» *impedire la consegna di uno somma, o*
» *di un titolo al portotore?* (3).

937. La donna maritata, senza il consenso del marito, non solo non può disporre dei propri beni a titolo gratuito, ma non ne può disporre neppure a titolo correspettivo. — Essa non può procedere ad atti che trasferiscano in altri il dominio, il possesso o altro diritto con diminuzione del suo patrimonio, o che eccedano la semplice amministrazione, atti che il citato Articolo 134, specifica così » *alie-* » *nare beni immobili, sottoporli od ipoteca,* » *contrarre mutui, cedere o riscuotere capi-* » *tali, costituirsi sicurtà, nc transigere.* »

938. Ma può senza autorizzazione accettare o renunziare una successione?...

L'accettazione di una successione è un passo le di cui conseguenze sono sempre importanti. Ma il Codice niente dice in proposito. Anzi, mentre coll'articolo 1106 si colpisce di incapacità tanto la donna maritata quanto i minori, gli interdetti, e gli inabilitati, e mentre si stabilisce nell'articolo 930, che le eredità devolute ai minori e agli interdetti devono essere accettate col benefizio dell'inventario, si tace affatto in quest'articolo come nell'articolo 134, sulle succesioni devolute alle donne. — Da questo silenzio della Legge, pare a noi, possa desumersi un argomento per ritenere che le successioni possano essere liberamente accettate dalla donna senza bisogno della autorizzazione maritale.

Ma lo stesso non potrebbe dirsi relativamente alla renunzia ad una eredità, perchè la renunzia portando la alienazione di un diritto, cade necessariamente sotto la disposizione dell'Articolo 134, colla quale si vietano appunto le *alienazioni*.

939. Se non può donare ne alienare, la donna non può ugualmente accettare *mandato* senza l'autorizzazione del marito. Lo dispone espressamento l'Articolo 1743, e la ragione è evidente. La donna deve tutto il suo tempo, tutta la sua operosità a benefizio della famiglia; essa non può dunque intraprendere cosa alcuna che l'allontani da questo suo dovere se il suo marito vi si rifiuta.

940. Il rammentato Articolo 134 determina ed enumera con un dettaglio forse superfluo gli *atti* che la donna non può fare senza l'autorizzazione del marito. — Bastava inibirle di *controttare* e *stare in giudizio* per ritenere compresi giuridicamente nella proibizione tutti gli atti di cui si fa la enumerazione. Ora questa specifica indicazione di atti non può, a parer nostro, avere avuto altro scopo se non se quello di dimostrare che ad essi soltanto si limita la proibiziono della legge.

941. In seno alla Commissione coordinatrice del Codice si elevò appunto questo dubbio, cioè, che essendosi nell'articolo 134 specificati gli atti e contratti per cui occorre alla moglie l'autorizzazione del marito, non potesse la medesima devenire liberamente a quegli atti e contratti non rammentati in detto *Articolo*, per esempio, i contratti di *sorte*, di *compra*, di *società*, *ecc.* Taluno dei commissari, ad eliminare qualunque dubbio, proponeva che si adottasse il critero di separare il *capitale* dalla *rendita*, prescrivendosi che di questa potesse la moglie disporre a suo beneplacito, e che avesse il freno della autorizzazione maritale per ciò che concerne la conservazione del capitale, ossia della sostanza del suo patrimonio.

La maggioranza però della Commissione rigettò questa proposta dichiarando che i suoi intendimenti erano stati quelli di non volere colpire la donna maritata di una incapacità assoluta, quasi si direbbe *soggettiva*, ma di una semplice incapacità relativa, ossia *oggettiva*, per certi

(3) *Relaz. del Ministro Guardasigilli del 15 Luglio 1863 sul progetto del Codice Civile pag. 31.*

atti determinati e più importanti, e non per altri (4).

942. Di fronte ad una interpetrazione così chiara dell'Articolo 134, non è a dubitarsi che la donna maritata non possa devenire liberamente a tutti quegli atti e contratti non specificati nell'articolo suddetto.

Questo concetto trova ancora appoggio nella disposizione dell'articolo 1106, con cui si dispone che le donne maritate sono incapaci di contrattare, non già assolutamente, ma nei casi espressi dalla legge. Ora questi casi sono appunto quelli determinati dall'articolo 134; le due *disposizioni* si completano a vicenda, ne si potrebbe senza violarle, ammettere una interpotruzione estensiva.

943. La donna non ha bisogno della autorizzazione maritale per fare testamento, perchè quest'*atto* non è compreso nella proibizione dell'Articolo 134. — Prescindendo da ciò, concorrono altre ragioni per ritenere che la donna sia libera di disporre delle cose sue per dopo la sua morte — perchè i testamenti non devono ne possono dipendere dall'arbitrio altrui (5). — perchè l'autorità maritale ha cessato di esistere al momento che il testamento ha il suo effetto — perchè, disponendo per testamento, la donna non si spoglia di cosa alcuna.

944. Senza autorizzazione del marito la moglie non può stare in giudizio. — È questa la seconda parte della sanzione proibitiva dell'articolo 134.

Ma anche questa incapacità è semplicemente *relativa*, limitata, cioè, ai casi di alienazione, di costituzione di ipoteche, di sicurtà, di mutui, di transazioni, di riscossione di capitali conforme si dichiara nell'articolo stesso » *relativamente a tali atti* ». — Ne consegue pertanto che per qualunque altro *atto* la donna può stare in giudizio indipendentemente dalla volontà e dal consenso del marito (6).

Così, per esempio, può liberamente costituirsi *parte civile* in materia criminale, poichè comunque con questo fatto venga ad assumere una obbligazione, questa obbligazione però non rientra nella classe degli atti tassativamente contemplati dalla Legge.

Ugualmente può liberamente stare in giudizio per domandare la nullità del suo matrimonio, o la separazione personale non solamente per la riferita ragione, ma ancora perchè, trattandosi di far valere un diritto eminentemente personale esso è indipendente da qualunque autorizzazione (7).

945. Autorizzata una volta non ha bisogno la donna di nuova autorizzazione nei gradi ulteriori di giurisdizione che possa percorrere il processo, valendo la prima autorizzazione pel giudizio di opposizione, di appello, di rivocazione, ed anche per ricorrere in Cassazione (*Cod. di proc. civ. art.* 805).

946. L'autorizzazione a stare in giudizio comprende necessariamente la facoltà di fare tutti gli atti, e di procedere a tutti i mezzi di prova onde la *istanza* prosegua il suo corso; ma non si estende fino al punto di dare facoltà alla donna di renunziare agli atti del giudizio, occorrendo per la validità di questo *otto* una autorizzazione speciale inquantochè la renunzia, importando alienazione di un diritto rientra nella proibizione dell'Articolo 134, e specialmente perchè l'articolo 343 del Codice di procedura civile prescrive che » *per le persone sottoposte all'amministrazione o assistenza altrui la rinunzia non può farsi, ne accettarsi fuorchè nella forma stabilita dallo legge per abilitarle a stare in giudizio.* »

(4) *Detti Process. verbal. pag. 126. 127.*

(5) *Testamentorum jura ipsa per se firma « esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere »* Leg. 32. ff. de hered. instit.

(6 *Annali di G. P. It. Anno 1869. P. 2 colon; 159.*

(7) *Arg. art. 105. 119. Cod. civ. — art. 806. Cod. di proced. civ.*

947. Relativamente al modo di prestare l'autorizzazione l'articolo 134, fa una distinzione tra l'autorizzazione speciale da prestarsi caso per caso, e l'autorizzione data in *genere* alla moglie per tutti o per alcuni degli *atti* contemplati nel detto *articolo*. — Nel primo caso si limita a stabilire che quegli *atti* sono inibiti alla donna « *senza l'autorizzazione del marito* ». — Prescrive nel secondo caso che della concessa autorizzazione debba risultare per mezzo di *atto pubblico*.

Da questa distinta disposizione è logico e razionale ritenere che, trattandosi di autorizzazione *speciale*, questa possa prestarsi in qualunque modo, purchè consti del consenso ed approvazione del marito. Se la legge avesse voluto l'adibizione di qualche *forma* lo avrebbe espressamente dichiarato, siccome ha fatto per l'*autorizzazione* data in *genere*.

Ne consegue pertanto che se il marito concorre nell'*atto*, la semplice sua presenza è più che bastante a ritenere intervenuta la richiesta autorizzazione, ed a convalidare le obbligazioni che la moglie va ad assumere.

Se non vi figura, il suo consenso può esser dato o per mezzo di *atto* pubblico, o per mezzo di *atto* privato, sia in forma di *procura*, sia in qualunque altra maniera, ed anche per mezzo di una semplice *lettera* indirizzata alla moglie, o a colui con il quale ella deve contrattare, o al Notajo che deve ricevere l'*atto*.

948. La moglie così munita del consenso del marito può validamente devenire agli atti per i quali è stata autorizzata.

Anticamente ri riteneva che nell'*atto* si dovesse far menzione, a pena di nullità, della autorizzazione ottenuta, perchè nella omissione di tal formalità, si ravvisava una irriverenza imperdonabile verso il marito (8).

(8) *Pothier — De la puissanc. du mari sur les biens de la femme n.° 72.*

Ma di fronte al nostro *articolo* 134 che non prescrive veruna forma per la prestazione del consenso, questa esigenza sarebbe ridicola: provato che il consenso è intervenuto, il voto della legge è pienamente adempito.

949. L'autorizzazione può essere *espressa*, perchè data verbalmente o per iscritto; può essere *tacita*, inquantochè dai fatti debba necessariamente desumersi l' approvazione ed il consenso del marito.

950. Il marito è, per legge, il capo della famiglia: a lui quindi la direzione, la sorveglianza della medesima. Ma sarebbe questo un onere troppo gravoso per esso se non delegasse parte del suo potere alla moglie per quello almeno che concerne il governo interiore della casa.

Generalmente è la donna quella che sopraintende alla amministrazione domestica. Chiamata per natura e per educazione a concentrare tutta la sua attività a benefizio della famiglia, essa ha attitudine più di ogni altro a curarne il buon andamento, prevederne i bisogni, regolarne le spese. Esiste pertanto un mandato tacito fra i coniugi in virtù del quale la moglie contratta con i fornitori della sua casa comprando a contanti o a credito tutto quello che può occorrere al mantenimento del marito, dei figli, dei domestici.

Per questi atti di amministrazione domestica per i quali la donna può, secondo le circostanze, rimanere obbligata in proprio, deve presumersi una autorizzazione tacita per parte del marito. Egli non potrebbe insorgere contro le obbligazioni assunte dalla moglie, per ottenerne la riduzione, se non quando fossero eccessive.

951. Altro caso di autorizzazione *tacita* ce lo somminstra l'Articolo 803 del Codice di procedura civile. — Si stabilisce ivi che se la moglie è convenuta in giudizio; si reputa che sia stata debitamente autorizzata, se il marito citato nello stesso giudizio per autorizzarla non comparisca, o, comparendo non dichiari nel termine

stabilito per rispondere, di ricusare l'autorizzazione.

952. Abbiamo già detto che l'autorizzazione maritale non è stabilita nell'interesse della donna, ma sivvero nell'interesse del marito. La conferma di questa nostra opinione la troviamo specialmente nella disposizione del tante volte citato articolo 134, in quella parte in cui si stabilisce che « *il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni dei detti atti, salvo a lui il diritto di rivocarla.* »

Difatti, se la legge inibisce alla donna di obbligarsi e stare in giudizio senza il consenso del marito, e poi concede a questi la facoltà di autorizzarla, non già nei singoli casi quando se ne presenti il bisogno, ma in *genere* e preventivamente per tutti o per alcuni degli atti inibiti, l'autorizzazione certamente non è introdotta a tutelare la incapacità della donna, perchè ad un incapace non si potrebbe affidare l'esercizio di verun diritto.

953. L'autorizzazione in *genere* non può essere concessa che per *atto* pubblico.

Si tratta di costituire, direm così, la moglie qual mandataria del potere del marito. Si rendeva quindi necessario lo stabilire, come si è fatto, che ciò resultasse da un atto *pubblico*, perchè i terzi che contrattano con la donna devono essere assicurati in modo positivo che essa, per volontà del marito, è reintegrata nel libero esercizio di tutti o parte dei suoi diritti.

954. È da ritenersi che intanto il marito si spogli del suo potere, in quanto supponga la moglie atta a bene amministrare e disporre delle cose sue; ma quando il fatto dimostri il contrario, egli, per non rimanere pregiudicato nel proprio interesse, ha tutto il diritto di revocare la autorizzazione concessa.

CAPITOLO SECONDO

Quando non sia necessaria l'autorizzazione del marito o debba supplirsi dalla giustizia.

SOMMARIO

955. Ammesso, che la incapacità della donna maritata non è introdotta nell'interesse di lei, ma per fondare la supremazia maritale, è necessità logica ritenere che la moglie debba essere reintegrata nel pieno e libero esercizio dei propri diritti ove il marito sia impossi-

bilitato in qualunque modo ad esercitare il potere che gli è affidato dalla legge.

Questo appunto è stabilito dall'Articolo 135, col quale si dispone, non essere necessaria l'autorizzazione del marito, 1.° quando egli sia minore, interdetto, assente, o condannato a più di un anno di carcere; 2.° quando la moglie sia separata per colpa del medesimo; 3.° quando essa eserciti la mercatura.

956. La *minorità* costituisce per il marito una specie di impedimento legale; egli non ha la potestà maritale in tutta la sua pienezza; gode dei diritti che gli dà il matrimonio per quello che riguarda la persona della moglie, ma non per ciò che si riferisce ai di lei beni. È vero che il minore rimane di diritto emancipato col matrimonio *(art.* 310*)*, ma è vero ugualmente che la emancipazione non gli conferisce che la capacità di fare da se solo gli atti che non eccedono la semplice amministrazione, occorrendo per tutti gli altri l'autorizzazione del consiglio di famiglia e la omologazione del tribunale *(art.* 317, 319*)*. Ora in questa posizione giuridica in cui si trova il marito, se egli non ha capacità di disporre dei propri beni, tanto meno può averla per autorizzare la moglie; i di lui diritti rimangono, in questa parte sospesi, ne potrebbero esercitarsi dal curatore o dal consiglio di famiglia perchè la potestà maritale è talmente inerente alla persona del marito che non la può esercitare che egli stesso senza potere, in veruna circostanza, cedere o delegare alcuno dei suoi attributi.

Così essendo, si rende un vero omaggio alla giustizia esonerando la moglie, come si è fatto, dal vincolo della autorizzazione.

957. Le stesse ragioni militano nel caso di assenza o di interdizione del marito. Esso è nella impossibilità di manifestare la propria volontà, quindi il di lui diritto ad autorizzare la moglie rimane paralizzato.

A riguardo della assenza per altro, deve trattarsi di vera e propria assenza nel senso della legge, di quello stato cioè, in cui la morte o la vita dell'assente sono ugualmente incerte; questo stato di cose soltanto può modificare gli effetti della autorità maritale, non già la *non presenza* o un semplice allontanamento dal domicilio coniugale.

958. L'autorizzazione non è necessaria quando il marito è » *condannato a più di* » *un anno di carcere, durante la espiazione* » *della pena* » *(art.* 135*)*.

Qui non si tratta di un caso di impossibilità. Il condannato potrebbe benissimo prestare l'autorizzazione ed il consenso agli atti da farsi dalla moglie. È piuttosto in considerazione del delitto commesso, e della pena irrogata che viene sospeso nel marito l'esercizio di questo attributo del suo potere. Però la legge ne limita la sospensione al tempo della espiazione della pena; e richiede inoltre che la condanna sia superiore ad un anno di carcere.

959. Anche la separazione personale è causa per la quale la donna è dispensata dall'obbligo di ottenere l'autorizzazione del marito sia per contrattare, sia per stare in giudizio; ma ciò ad una condizione, che la separazione sia avvenuta per colpa del medesimo. È giusto infatti, che il marito decada dall'esercizio di un diritto di cui si è reso immeritevole; ma poichè si tratta di *decadenza* non basta, per farla incorrere, il semplice fatto che i coniugi vivano separati; bisogna che la separazione sia *legale*, cioè pronunziata dalla autorità giudiziaria, e che la colpa del marito resulti dalla relativa sentenza.

960. Finalmente non è necessaria la autorizzazione quando la moglie eserciti la mercatura.

È certo, che la donna maritata non può esercitare il commercio senza il consenso del marito *(art. 7, Cod. di commer.)*, ma intervenuto questo consenso, la facoltà in lei di liberamente obbligarsi

e stare in giudizio ne è una conseguenza necessaria.

---

961. Fin qui dei casi nei quali la donna non ha bisogno della autorizzazione del marito. — Vediamo quando questa autorizzazione debba essere supplita dalla giustizia.

A norma dell' articolo 136 ciò si verifica — quando il marito vi si rifiuti — quando nell'*atto* vi sia opposizione di interesse — quando vi sia separazione personale o per colpa della moglie, o per colpa di ambidue i coniugi, o per mutuo consenso.

962. La potestà maritale deve essere un potere di protezione e non di oppressione; se il marito rifiuta alla moglie l' autorizzazione di cui ha bisogno, essa può ricorrere alla autorità della giustizia; ma poichè dal rifiuto del marito sorge naturalmente una presunzione contraria alla moglie, essa deve distruggerla giustificando che il rifiuto è ingiusto o capriccioso.

963. La legge, a questo riguardo, investe i magistrati di una delle più importanti delle loro attribuzioni. Ricondurre, se è possibile, degli sposi divisi ad una stessa maniera di pensare e di agire sopra l'oggetto del loro dissenso; decidere, se bisogna, nel senso dell'uno, senza troppo irritare l'altro; pronunziare non sulle conseguenze attuali di un fatto compito, come si verifica nelle *cause* ordinare, ma sopra quelle che possano temersi o sperarsi da un progetto che non è dato apprezzare che con il calcolo delle probabilità. Ecco la loro missione.

964. Supponete che la moglie desideri alienare o ipotecare in tutto o in parte i suoi beni immobili, e che il marito riprovi questo progetto. La moglie dovrà provare che vi è per lei, se non una necessità urgente, uno scopo lodevole per procedere a tali atti come, per esempio, quello di esentare alcuno dei suoi figli dall'obbligo della leva militare, di procurare loro una posizione e simili. In sostanza, occorre una causa grave, un grande interesse pecuniario o morale per lei, e che vi abbia nella reluttanza del marito un abuso di potere intollerabile.

965. Supponete del pari che si tratti di *donare* o di *transigere*.

Una donazione inspirata dal bisogno di soddisfare un sentimento di gratitudine o di devozione, ristretta in giusti limiti e per la condizione economica della donatrice, e per i di lei rapporti colla famiglia, dovrebbe essere accolta favorevolmente, ne i giudici potrebbero comprimere questa inclinazione alla beneficenza, non ostante la contrarietà del marito.

Una *transazione*. — Se con questa, assicurando il proprio interesse, può la donna sfuggire alle eventualità di un giudizio, perchè non dovrebbe accogliersi la sua domanda benchè il marito vi si rifiuti?....

966. Tutto però dipende dalle circostanze. I Tribunali hanno un potere illimitato per apprezzare i motivi del rifiuto del marito, e per rilevare la moglie dalle conseguenze di questo rifiuto: ma, onde conformarsi alle intenzioni del Legislatore, essi devono, nel determinarsi ad accordare o a denegare l'autorizzazione, prendere in considerazione più che l'interesse personale della donna, l'interesse della società coniugale.

967. È il rifiuto del marito quello che attribuisce competenza ai tribunali di autorizzare la moglie.

Ma nei casi di *opposizione* di interesse, o di *separazione* personale è la legge stessa che inabilita il marito ad esercitare il suo potere per deferirlo ai Magistrati.

868. Dispone l'Articolo 136 che il marito è inabilitato ad autorizzare la moglie » *se trattisi di atto nel quale siavi opposizione di interesse.* » — Si intende

bene, opposizione *di interesse* tra essi, non tra uno di loro ed un terzo.

Ma quando si verificherà questa opposizione di interesse ?....

In un *atto* si può avere un interesse *uguale*, inquantochè giovi o nuoccia in pari modo a due o più; si può avere un interesse *contrario* perchè gli effetti dell'atto stesso siano per essere utili ad uno dannosi ad un altro. — Ora la legge adoperando le parole « *opposizione di interesse* » non si riferisce a quell'interesse uguale, identico che può resultare dagli effetti dell'*atto*, ma a quell'interesse *contrario* che si verifica allorchè l'atto stesso può giovare ad uno e nuocere all'altro.

Giuridicamente, chi non ha *interesse* non ha *azione*, e dicesi comunemente che l'interesse è la misura delle azioni (9). — *Opposizione* di interesse stà quindi ad indicare contrarietà, conflitto di azioni.

È da ritenersi conseguentemente, che intanto debba intervenire l'autorizzazione giudiziaria in quanto il marito abbia nell'atto da porsi in essere un interesse tutto proprio e speciale, contrario a quello che può competere alla moglie. Ma quando l'*atto* possa essere utile ad entrambi i coniugi, ed interessargli ugualmente l'autorizzazione della giustizia non ha più luogo: la donna può allora disporre liberamente dei suoi beni col semplice consenso del marito (10). — Così, per esempio, se la moglie volesse co' suoi beni parafernali costituire una dote alla figlia, basterebbe il consenso del marito, nè vi sarebbe bisogno della autorizzazione giudiziaria perchè il marito ha un interesse uguale a quello della moglie di procurare più facilmente alla figlia il collocamento in matrimonio mediante la costituzione di una dote.

(9) Arg. Leg. 8. § 6. ff. mandati « *Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus, qui mandavit.* »

(10) Vedi *Process. verbal. della Commis. coord. del Cod. civ. pag. 170.*

969. Allorchè sia intervenuta tra i coniugi separazione personale il marito è inabilitato a prestare il consenso ed occorre l'autorizzazione del tribunale, e ciò « *se la moglie sia separata per sua colpa, o per colpa sua e del marito o per mutuo consenso* » *(art. 136.)*

Avvenuta la separazione per colpa reciproca o per mutuo consenso è razionale che l'esercizio del potere maritale resti paralizzato, e subentri quello della giustizia. Ma quando la separazione è avvenuta per colpa della moglie, forse sarebbe stato più logico e giusto che il marito conservasse su di lei la pienezza dei suoi diritti di autorità maritale. Infatti, se la donna separata per colpa del marito rientra nel libero esercizio dei propri diritti, nè più resta sottoposta alla autorizzazione del medesimo *(art. 135 n.° 2)* procedendo colle stesse norme avrebbe dovuto conservarsi al marito quella *autorità* per la di cui *decadenza* non ha dato nessun motivo.

Crediamo però che, se la disposizione dell'articolo 136, non risponde forse ai dettami di rigorosa giustizia, sia però conveniente ed opportuna, poichè è da ritenersi che il marito il quale, per gli eccessi della moglie, è stato obbligato a chiedere la separazione, non possa con tanta facilità dimenticare i torti ricevuti per modo da essere in grado di prestare il proprio consenso agli *atti* che si vogliono fare dalla moglie con quella calma, con quel ponderato consiglio, che avrebbe fatto se avessero continuato a vivere uniti.

Ad evitare conflitti, ad evitare ulteriori dissapori la legge ha appunto deferito alla autorità giudiziaria l'esercizio del potere maritale. — Questa, e non altra, pare a noi, sia la ragione della legge.

970. Nei casi surriferiti, cioè, di rifiuto del marito, di opposizione di interesse, di separazione personale, la donna deve proporre la sua *domanda* alla auto-

rità giudiziaria mediante ricorso *(art. 799 Cod. di proc. civ.)*

Ma quale sarà il tribunale competente per ricevere tale domanda?...

Se si tratta di rifiuto del marito, o di opposizione di interessi certamente il tribunale competente è quello del domicilio del marito, perchè tal domicilio è ancora quello della moglie *(art. 18 Cod. civ.)*

Ma non può adottarsi la stessa conclusione nel caso di separazione personale. Infatti se la moglie legalmente separata ha diritto di scegliersi un domicilio diverso da quello del marito *(detto art. 18)*, se il domicilio stabilisce la competenza del tribunale *(art. 90 Cod. di proc. civ.)*, ne scende necessariamente la conseguenza che l'autorizzazione maritale debba supplirsi dal tribunale del domicilio della moglie, non dal tribunale del domicilio del marito.

La *citazione* del marito prescritta dall'Articolo 136 del Codice civile, di cui parleremo fra poco, non può convertire il giudizio di autorizzazione in un giudizio ordinario onde obbligare la donna ad adire il tribunale del marito nella sua qualità di convenuto. — Quella citazione a comparire nella camera di consiglio non è che un semplice atto di istruttoria, nè può attribuire al marito la qualità di *parte* in causa. Ciò è dato rilevare 1.° dalla facoltà accordata al Tribunale, nei casi di urgenza, di procedere alla richiesta autorizzazione senza citazione del marito, 2.° dall'essere stato negato al medesimo il diritto di fare opposizione alla sentenza; lo che dimostra che il medesimo non è *parte* in causa poichè altrimenti non potrebbe togliersi ad esso il diritto di opposizione.

971. E che il tribunale del domicilio della donna separata sia il tribunale competente ad accordare o rifiutare l'autorizzazione è stato ritenuto ancora da una Decisione della Corte di Appello di Lucca del dì 16 ottobre 1868 (11).

Eccone le principali ragioni — Si ritiene in detta Decisione — Che il Codice di procedura civile nulla dispone intorno alla competenza del tribunale cui deve proporsi la domanda di autorizzazione. — Che nella procedura tutta speciale all'uopo stabilita non può credersi applicabile la norma generale di competenza stabilita nell'Art. 90 del Codice suddetto, non riscontrandosi nel marito la vera e propria qualità di convenuto. — Che la citazione del medesimo a comparire in camera di consiglio, lungi dal costituire una provocazione al giudizio, non tende ad altro che a conoscere le ragioni che possa avere da apporre alla domanda di autorizzazione. — Che occorrendo apprezzare la posizione personale e le condizioni d'interesse della donna, queste non possono essere meglio conosciute, e le investigazioni più opportune esercitate che nel luogo di domicilio o residenza della donna stessa, per cui trovasi più razionale e più rispondente al fine che la condizione dell'affare resti affidata al magistrato che, sopra ogni altro, è in grado di procurarsi le necessarie informazioni.

972. Il ricorso per l'autorizzazione viene presentato al Presidente del tribunale, il quale stabilisce il giorno in cui il marito dovrà comparire in Camera di consiglio. A tale oggetto copia del ricorso, e del decreto presidenziale è notificata al marito nelle forme delle *citazioni (art. 800 Cod. di proc. civ.)*

È questa una formalità indispensabile, ed il tribunale non può concedere la richiesta autorizzazione prima di avere adempito a questa prescrizione *(art. 136. Cod. civ.)*

973. Dispone detto Articolo 136 che il marito deve » *essere sentito* o *citato a » comparire in camera di consiglio.* » La stessa prescrizione si contiene nell'Articolo 800 del Codice di procedura dichiarandosi che » *dovrà comparire personal- » mente davanti il tribunale per esporre i » motivi del rifiuto* » — Combinando il di-

(11) *Annali di G. P. Ital. 1868 P. 2. col 519, Lowemberge nè Casanova.*

sposto di questi *Articoli* è dato desumere che il marito non possa farsi rappresentare da un mandatario. Se intende far valere le ragioni che lo spingono a negare il suo consenso alla moglie, egli deve farlo comparendo personalmente davanti il tribunale. — La ragione di tale prescrizione, a parer nostro, sta in questo. Non siamo nell'iniziamento di un giudizio vero e proprio. ma piuttosto nei preliminari di una chiamata in conciliazione in cui la presenza di mandatari, di difensori potrebbe nuocere anzichè giovare al vero interesse dei coniugi; imperocchè non bisogna dimenticare che il più delle volte, nelle controversie di questa specie, l'amor proprio ha una parte attiva quanto l'interesse. Udire dalla viva voce del marito le ragioni del suo rifiuto è il solo mezzo che possa far scoprire il vero punto delle difficoltà insorte, e che molte volte possono risolversi in un malinteso e niente altro.

974. Ma il marito dovrà essere sentito o citato a comparire in camera di consiglio anche quando si tratti di autorizzazione giudiziale a causa di *opposizione* di interesse o di separazione personale?...

Il rammentato Articolo 136 del Codice civile dopo aver contemplato i casi nei quali deve intervenire l'autorizzazione giudiziaria, dispone in genere e senza distinzione di sorta, che il tribunale non può concedere talo autorizzazione se prima il marito non fu sentito o citato a comparire in camera di consiglio. Stando quindi al disposto di quest'Articolo non è a dubitarsi che la udizione o la citazione del marito non debba aver luogo indistintamente in tutte le ipotesi configurate.

Il dubbio però sorge di fronte all'Art. 800 del Codice di procedura civile, ove si dichiara che il marito deve comparire davanti il tribunale » *per esporre i motivi del rifiuto,* » potendo ritenersi che, soltanto nel caso di rifiuto ad autorizzare la moglie, sia obbligatoria la di lui citazione.

Non ostante questa apparente contradizione tra l'articolo 136 del Codice civile e l'Art. 800 del Codice di procedura pare a noi, che la *formalità* della udizione o della citazione del marito a comparire nella camera di consiglio debba essere adempita o che si tratti di rifiuto ad autorizzare, o che si tratti di opposizione di *interesse* o di *separazione* personale — perchè l'Articolo 136 non fa veruna distinzione — perchè si tratta di una disposizione *sostantiva* che non può rimanere abrogata da una disposizione regolamentaria e di procedura — perchè anche nei casi di opposizione di interesse, e di separazione personale la udizione del marito può essere utile per i giudici onde apprezzare nel loro giusto valore le ragioni che muovono la donna a domandare l'autorizzazione.

Ma esaminando ponderatamente il rammentato Articolo 800 del Codice di procedura, e combinandone il disposto con quello dell'antecedennte articolo 799, la contradizione avvertita sparisce, ed il concetto dolla necessità di sentire indistintamente il marito vi si trova implicitamente. Difatti se in tutti i casi indicati nell'Articolo 136 la domanda di autorizzazione giudiziale deve proporsi con *ricorso (art.* 799); se questo ricorso deve essere presentato al Presidente per la destinazione del giorno in cui il marito deve comparire davanti al tribunale (*art.* 800), questa prescrzione deve necessariamente riferirsi ai tre casi contemplati, come indubbiamente vi si riferisce l'articolo 135 del Codice civile.

Se nell'articolo 800 si è indicata la ragione della comparsa del marito » *per esporre i motivi del rifiuto* » ciò non può costituire una eccezione da distruggere la regola: è una indicazione della ragione della prescrizione in uno dei casi della autorizzazione giudiziaria, e null'altro.

975. Se il marito non comparisce nel giorno designato, ciò non può impedire al tribunalo di pronunziare sulla richiesta au-

torizzazione. Ognorachè il marito è stato citato il voto della legge è adempito. Questo si rileva dall'articolo 136 ove, implicitamente si contempla e il caso della comparsa del marito e il caso della di lui contumacia « ivi » *sentito e citato a comparire* ».e più specialmente dall' Articolo 801, del codice di procedura, ove, parlandosi delle *menzioni* che devono essere contenute nella Sentenza di autorizzazione si dice che deve contenere » *la menzione » sommaria della domanda della moglie, e » delle risposte del marito, o l' indicazione » della data della citazione di lui.* «

976. Non può passarsi oltre all'obbligo della citazione del marito a comparire in camera di consiglio se non se nel caso in cui il ritardo a risolvere la domanda di autorizzazione possa portare un danno irreparabile, e come dice l'Articolo 136 « *nei casi di urgenza.* »

Certo è però che il riconoscere quando esista o no tale urgenza è rimesso intieramente al potere discrezionale dei Magistrati.

977. Niuna altra formalità è prescritto dalla legge nella *istruttoria* della *causa.* — È dalle giustificazioni prodotte dalla donna, è dalle ragioni dedotte dal marito che il tribunale deve formare la propria convinzione onde pronunziare ai termini di giustizia sulla accoglienza o sul rigetto della richiesta autorizzazione.

978. Il Tribunale, sentito il Ministero pubblico, ed osservate le prescrizioni contenute nell'articolo 136 del codice civile, cioè che sia stato sentito il marito o citato a comparire in camera di consiglio, pronunzia con sentenza sulla domanda di autorizzazione.

La sentenza deve contenere » 1.° *il » nome, cognome, domicilio e la residenza » delle parti* 2. *la menzione sommaria della domanda della moglie, e delle risposte » del marito, o l'indicazione della data della citazione di lui;* 3. *la menzione che » fù sentito il pubblico ministero.* 4. *i motivi in fatto ed in diritto.* 5. *il dispositivo,* 6. *la indicazione del giorno, mese, dell'anno e del luogo in cui è pronunziata »* 7. *la sottoscrizione dei giudici, e del cancelliere* »

» *La sentenza è nulla se siasi omesso » alcuno dei requisiti indicati nei numeri »* 2. 3. 4. 5. 6. 7. « (*art.* 801. *Cod. di proc. civ.)*

979 Si presenta qui la opportunità di esaminare, se la sentenza debba essere pubblicata alla udienza o basti che sia pronunziata in camera di consiglio.

La regola generale si è che le sentenze siano pubblicate all'udienza *(articolo 366)* ; noi però non crediamo che questa regola sia applicabile alle sentenze in materia di autorizzazione. E prima di tutto è da avvertirsi — che l'autorizzazione della donna maritata è posta dal Codice di procedura tra le *cause* da trattarsi in camera di consiglio, e così tra le materie di giurisdizione volontaria (12) — che per la istuttoria di questo giudizio, se così può chiamarsi, non è prescritta veruna *pubblicità* ; tutto compiendosi nella camera di consiglio, ove viene sentito il marito, ed il pubblico ministero spiega le sue conclusioni-

Ciò essendo, è razionale che anche per la sentenza debba seguirsi lo stesso procedimento esclusivo della pubblicità. — L'*articolo* 801, n.° 6, prescrive la indicazione nella sentenza, del giorno, mese, anno e del *luogo* in cui fu pronunziata, ma non dichiara che debba pubblicarsi alla udienza. D'altronde se la legge avesse inteso e voluto l'adibizione delle *forme* ordinarie si rendeva inutile che coll'*articolo* 801, indicasse i *requisiti* che devono contenersi nelle sentenze di autorizzazione, bastava dichiarare che tali materie dovessero risolversi per via di *Sentenza* per ritenere prescritto il procedimento stabilito per le cause ordinarie. Di più è certo che in grado di appello la sentenza

(12) Vedi — *Cod. di Proc. civ. art. 778, e successivi.*

viene pronunziata in camera di consiglio ciò disponendo l'Articolo 802. » *Il cancelliere deve presentare non più tardi del giorno successivo, il ricorso al presidente che stabilisce il giorno in cui la Corte pronunzierà in camera di consiglio.* »

Quindi non vi sarebbe ragione di adottare un diverso modo di *prolazione* nel primo grado di giurisdizione.

Se a tutto questo si aggiunge il riflesso, che la pubblicità del giudizio non farebbe che rendere più vive e durature le ostilità tra i coniugi, e che ciò si è voluto evitare dal Legislatore prescrivendo un procedimento speciale, si può concludere chè tale procedimento debba estendersi anche alla pronunzia della sentenza.

980. Le sentenze che pronunziano sopra domande di autorizzazione non sono soggette ad opposizione *(art.* 802*)*.

Come già si è osservato non si tratta di vero e proprio giudizio, ma di un procedimento speciale stabilito in materia di giurisdizione volontaria, in cui non essendovi contradittorio di parti non può esservi *opposizione*. Infatti la opposizione è un diritto competente al convenuto contro la sentenza che lo ha condannato in contumacia *(art. 474, Cod. di proc.)*; ma nelle domande di autorizzazione il marito non riveste la qualità di convenuto. La necessità di citare il medesimo a comparire davanti il tribunale per dedurre le cause del suo rifiuto, non attribuisce alla domanda di autorizzazione il carattere di una *istanza* impegnata tra esso e la moglie. Sarebbe assurdo di esigere che la donna che vuole contrattare con un terzo, o stare in giudizio dovesse preliminarmente intentare una azione contro il marito. L'udizione del marito in camera di consiglio è semplicemente un atto di istruttoria e niente altro; perlochè non essendo parte al giudizio, non può fare opposizione alla sentenza che ha accordata l'autorizzazione.

981. Se la legge non ammetto la *opposizione*, ammette però l'appello *(art.* 802.*)*

Colui dei due coniugi che si crede aggravato dalla sentenza che ha pronunziato sulla domanda di autorizzazione, può interporlo davanti alla Corte di appello.

Se l'articolo 802 non dichiara espressamente che il diritto di appellare compete tanto al marito quanto alla moglie, resulta però chiaramente dall'insieme delle disposizioni contenute nell'*articolo* stesso. Si parla infatti di appello » *dalla sentenza che concede autorizzazione* « — dunque è il marito che ha diritto ad appellare, non avendo la moglie alcun interesse tuttavolta che la sua domanda è stata accolta. Si aggiunge inoltre — che in ogni caso l'appello deve essere proposto con ricorso — che deve notificarsi all' altra parte — disposizioni queste che per la loro generalità devonsi necessariamente applicare tanto al marito quanto alla moglie.

982. L'appello deve interporsi nel termine di quindici giorni dalla prolazione della sentenza, se il marito sia stato presente, e in difetto, dalla notificazione. — L'appello deve notificarsi personalmente all'altra parte. Se questa voglia presentare controricorso, deve farlo notificare al procuratore sottoscritto al ricorso nei termini stabiliti dall'articolo 148, salvo che il presidente in caso di urgenza abbia stabilito termini minori *(art.* 802*)*.

983. Il procedimento in appello è uguale a quello stabilito davanti al tribunale civile. — Il ricorso e il controricorso si depositano nella cancelleria della Corte. — Il cancelliere presenta, non più tardi del giorno successivo, il ricorso al presidente, il quale stabilisce il giorno in cui la Corte pronunzierà in camera di consiglio, sentito il ministero pubblico *(detto articolo* 802*)*.

984. È da avvertirsi ancora che, ove la moglie sia costituita in età minore, se l'autorizzazione giudiziale sia concessa perchè ricusata dal marito, o per esservi opposizione di interesse, l'autorità giudizia-

ria deve nominarle un curatore speciale per assisterla nel giudizio o nell'*otto* per il quale è stata autorizzata *(Articolo* 804. *Cod. di proc. civ.)*.

La ragione della disposizione è evidente. Il marito è curatore di diritto della moglie costituita in età minore: essendo egli inabilitato a rappresentarla per il conflitto di interessi che si verifica fra loro è necessità che alla medesima venga nominato un curatore speciale perchè ne integri la persona negli *atti* ai quali è stata autorizzata.

985. Fino ad ora ci ciamo occupati del caso in cui la donna ricorra alla giutizia per ottenere autorizzazione a contrattare o a stare in giudizio come attrice.

Dobbiamo ora esaminare il caso inverso, che sia, cioè, chiamata in giudizio per difendersi contro una azione che le venga intentata.

986. Spetta al tribunale davanti al quale è tradotta la donna maritata ad autorizzare la medesima a difendersi se il marito vi si rifiuti, o osservi il silenzio. — Non incombe alla donna di domandare questa autorizzazione, ma sibbene all' attore: la *procedura* di quest'ultimo sarebbe nulla se chiamando in giudizio una donna maritata non chiamasse ancora il marito per autorizzarla, o se la donna comparendo sola, omettesse di farla autorizzare dal tribunale. — Sono queste le disposizioni che si contengono nell'Articolo 803 del codice di procedura — *L'autorizzazione maritale si reputa concessa alla moglie per stare in giudizio come convenuta, se il marito citato nello stesso giudizio per autorizzarla non comparisce, o comparendo non dichiari, nel termine stabilito per rispondere, di ricusare l' autorizzazione. — Se il marito comparendo dichiari di non volere autorizzare la moglie, l' autorizzazione è accordata dalla stessa autorità giudiziaria davanti cui la moglie fu convenuta, anche colla sentenza che pronunzia sul merito.*

987. In tutti i casi che abbiamo esaminati l'autorizzazione giudiziale ha il medesimo valore di quella concessa dal marito permodochè, se gli atti e le procedure autorizzate non fossero validi sia nella loro forma sia nella loro sostanza, la moglie avrebbe, per farle annullare o riformare, tutte le azioni allo quali dassero luogo i vizi da cui fossero infette.

CAPITOLO TERZO

—

Effetti.

SOMMARIO.

988. Colla autorizzazione del marito o con quella suppletiva della giustizia la donna diviene abile e capace ad obbligarsi ed a stare in giudizio come se fosse libera ed indipendente.

Questa autorizzazione per altro se toglie la incapacità non da maggior forza all'atto o alla obbligazione; per cui ove la donna venisse a scoprire qualche vizio, come di dolo, di lesione e simili, potrebbe valersi di tutte le azioni concesse dalla

legge per farli annullare o rescindere. — Parimente se la donna fosse costituita in età minore, l'autorizzazione maritale non avrebbe efficacia per convalidare quegli atti che vengono inibiti agli emancipati senza la osservanza delle formalità prescritte dagli articoli 318 e 319 del Codice civile, cioè l'assistenza del curatore trattandosi di riscossione di capitali, o di stare in giudizio; il consenso del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela per tutti gli altri atti eccedenti la semplice amministrazione.

989. Le obbligazioni poi e gli atti posti in essere dalla donna senza il consenso del marito o l'autorizzazione della giustizia, non sono nulli radicalmente, ma sono semplicemente *imperfetti*, o, come diceva l'antica Giurisprudenza, sono in uno stato di *implicita validità*, in quantochè è rimesso esclusivamente all'arbitrio de'coniugi di eseguirli o farli annullare. Questa facoltà passa ai loro eredi ed aventi causa. Tale è la disposizione dell'articolo 137; " *la nullità derivante dal difetto dell'autorizzazione non può essere opposta che dal marito, dalla moglie, e dai suoi eredi od aventi causa.* "

990. Non è da porsi in dubbio il diritto nel marito d'insorgere contro le obbligazioni contratte dalla moglie senza il di lui consenso, perchè essendo l'autorizzazione richiesta nell'interesse del potere maritale, egli non fa che rivendicare un diritto che la legge gli attribuisce, e che è stato conculcato. Ma da questo principio appunto ne conseguo che l'azione di nullità non può essere esercitata dai terzi che hanno contrattato con la donna o sono stati in giudizio contro di lei. Essi non possono pretendersi investiti di vendicare l'autorità del marito; la obbligazione, di fronte a loro, è perfetta perchè avevano capacità di contrarla. Lo stabilisce chiaramente l'articolo 1107: " *la persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato, o della donna maritata con cui essa ha contrattato.* "

991. La moglie può anche essa opporre l'azione di nullità.

Comunque l'Art 137 non lo dica espressamente, è a ritenersi però che l'esercizio di quest'azione competa alla donna tanto durante quanto sciolto il matrimonio, non solo perchè non si fa alcuna distinzione in proposito, ma ancora perchè disponendo l'articolo 1300, che la prescrizione non comincia a decorrere che dal giorno dello scioglimento del matrimonio, ne consegue necessariamente che anche dopo tale scioglimento, purchè dentro i cinque anni, possa validamente proporsi l'azione di nullità.

992. Razionalmente e giuridicamente non è da porsi in dubbio la *trasmissibilità* negli eredi dell'azione di nullità per il difetto di autorizzazione. (13) — L'articolo 137, non solo ammette la *trasmissibilità* della azione negli eredi, ma l'accorda ancora agli - *aventi causa* - cioè a tutti coloro ai quali il marito o la moglie abbiano trasmesso i propri diritti ad un titolo diverso da quello di erede, come per legato, donazione, vendita e simili.

993. Ma se gli eredi e gli *aventi causa* possono opporre la nullità potranno dedurla i creditori?...

Questa questione è trattata dai Giureconsulti Francesi, e le opinioni sono discordi. — Toullier, dando una interpretazione limitativa alla disposizione dell'articolo 225 del Codice Napoleone, ritiene che i creditori non abbiano diritto ad intentare questa azione. — Duranton opina al contrario, che, trattandosi di un diritto che è trasmissibile agli eredi, e che non è esclusivamente inerente alla persona dei

(13) *Arg.* Leg. 18 § 5 ff. de minor. « *non solum autem minoribus verum successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio.* »

coniugi, possa esercitarsi anche dai creditori. (14)

994. Raffrontando il nostro Art. 137, coll'art. 225 del Codice Napoleone vi si riscontra una differenza sostanziale, ed è, che mentre nel detto articolo 225 si accorda la facoltà di proporre la nullità agli sposi ed ai loro eredi, nel nostro articolo 137, si concede anche agli *aventi causa*, cioè, come abbiamo osservato, a tutti coloro ai quali sono stati trasmessi i diritti dei coniugi per un titolo diverso da quello di erede.

Noi crediamo che il nostro legislatore abbia voluto eliminare appunto le questioni insorte nella giurisprudenza francese, e che perciò all' indicazione degli *eredi* abbia aggiunto gli *aventi causa*.

Questo concetto trova appoggio anche nell'articolo 1234, nel quale si stabilisce che i creditori, per il conseguimento di quanto è loro dovuto, possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono inerenti alla persona del medesimo.

Il diritto di opporre la nullità per difetto di autorizzazione non è un diritto inerente alla persona dei coniugi da non potersi esercitare che da loro soltanto. *L'art.* 137 ammette la *trasmissione* di questo diritto, quindi è un mero diritto *personale* dei coniugi, e come tale può essere esercitato anche dai loro crditori.

995. Un'altra questione — se il mallevadore ad una obbligazione assunta dalla donna senza autorizzazione del marito o della giustizia possa dedurne la nullità.

Anticamente si riteneva che competesse al mallevadore il diritto di proporre la nullità perchè, essendo la obbligazione nulla radicalmente, non poteva formare subietto di valida fidejussione e cadendo il principale doveva cadere necessariamente l'accessorio. (15)

Oggigiorno però questa questione non è altrimenti proponibile. — Le obbligazioni della donna contratte senza autorizzazione non sono più colpite da una nullità *assoluta;* esse sono colpite da una nullità semplicemente *relativa*, e che può solamente dedursi dal marito, dalla moglie o loro eredi, ed aventi causa. Il mallevadore non è contemplato nella disposizione della legge, quindi è escluso. — D'altronde l'articolo 1889, è formale » *ciò » non ostante può prestarsi la fidejussione » per una obbligazione, la quale possa essere annullata in forza di una eccezione » meramente personale all'obbligato.* » Il mallevadore resta dunque irrevocabilmente tenuto di eseguire le sue promesse; e questo è tanto più giusto inquantochè la sua adesione alla obbligazione della donna non è offerta al creditore se non se per assicurarlo sopra le conseguenze della irregolarità della obbligazione stessa.

996. La nullità delle obbligazioni contratte dalla donna senza autorizzazione può essere dedotta tanto per via di *azione* principale, come se si tratti di rivendicare cose da lei alienate, quanto per via di *eccezione*, se il contratto non è stato eseguito, e che la sua esecuzione sia richiesta da colui a favore del quale la donna stipulò. — La facoltà di proporre la nullità concessa dall'art. 137, è illimitata, e comprende necessariamento nella sua generalità tanto l'un caso che l'altro. Di più l'art. 1302, dispone espressamente che » *l'eccezione di nullità o di rescissione » può essere opposta da chi è convenuto per » l'esecuzione del contratto in tutti i casi nei » quali avrebbe potuto egli stesso agire per » nullità o rescissione.* »

997. Ma a riguardo dei *giudicati* intervenuti a favore o contro la moglie non autorizzata dal marito a stare in giudizio non è per via di *azione* che se ne può ottenere l'annullamento, ma per le vie che il Codice di procedura ha aperte a coloro che si credono ingiustamente lesi nei loro interessi per le pronunzie giudi-

(14) Vedi *Chardon Traite des trois puissanc P. n.° 1. 130.*

(15) *Pothier — Traitè des obligations n. 396.*

ziarie. Per il marito esse sono l'eccezione » *res inter alias judicata* » o la *appasizione* del terzo *(art. 510, Cod. di proc. civ.)* — Per la donna l'appello, ed il riscorso in Cassazione *(art. 481, 518. Cod. di proc.)*.

998. Le obbligazioni e gli atti dichiarati nulli si riguardano come non avvenuti, non già perchè la legge possa distruggerne la esistenza, ma perchè ne annienta gli effetti. (16)

999. Ciò essendo, l'annullamento di un atto o di una convenzione ha per effetto di ristabilire le cose nello stato in cui si trovavano prima che quell'atto o quella convenzione fosse posta in essere.

Ne consegue pertanto: 1.° che i frutti percetti devono essere restituiti; 2.° che gli oneri imposti, le alienazioni, le ipoteche consentite sono annientate; 3.° che tutto quello che è stato dato o pagato all'attore in nullità deve essere restituito. (17)

1000. È questa la regola generale. — Ma a riguardo delle donne maritate, che si sono obbligate senza l'autorizzazione del loro marito o della giustizia, questa regola subisce una limitazione. Esse non sono tenute alla restituzione ed al rimborso di quanto in loro pervenne in forza della obbligazione rimasta annullata ed incombe a colui che contrattò con la donna di somministrare la prova che la obbligazione profittò alla medesima. » *Nessuno* (dice l'articolo 1307,) *può pretendere di essere rimborsato di ciò che ha pagato a un minore, a un interdetto, o inabilitato, a a una donna maritata in forza di una obbligazione che rimanga annullata, ove non provi che quanto fu pagato, venne rivolto a vantaggio dei medesimi.* »

La donna non deve locupletarsi a danno altrui, ma non può nè deve essere obbligata a somministrare una prova negativa. Chi reclama il rimborso deve provare il profitto ed il vantaggio risentito da lei. — Così, per esempio, se la donna avesse contratto un imprestito senza il consenso del marito, essa dovrebbe essere condannata al pagamento quando fosse riconosciuto e constatato in fatto, che la somma imprestata è stata impiegata a di lei profitto. (18)

Il citato Articolo 1307, non ha fatto che sanzionare una massima della antica giurisprudenza, per la quale era ugualmente stabilito che la prova della locupletazione incombesse a colui che l'allegava. (19)

1001. Uno dei mezzi di coprire la nullità si è la *prescrizione*. Colui, infatti, che potendo agire per fare annullare un'atto o una convenzione che gli reca pregiudizio, osserva il silenzio, sembra che riconosca la giustizia e la validità di quel titolo, o per lo meno dimostra che non intende opporre la nullità.

Quindi è che per intentare utilmente l'azione di nullità per difetto di autorizzazione, tale azione deve essere proprosta nel termine di cinque anni, essendo questo il tempo stabilito dalla legge per la deduzione delle azioni di nullità o di rescissione. *(art. 1300, Cod. civ.)*

---

(16) Leg. 5 Cod. de legib; « *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum qui contrahunt lege contrahere prohibente.*

(17) Leg. 24 § 4 ff. de minor. « *Restitutio autem ita facienda est; ut unusquisque in integrum jus suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circum scriptus restituetur jubeat praetor, emptorem fundum cum fructibus reddere, et praetium, recipere.*

(18) *Cass. 13. Mars. 1844.*
(*Tom. 1. 1844. pag. 486.*) *Caire c Manelles — Caen 30 juin 1845.*
(*Tom. 2. 1845. pag. 582.*) — *Mallet c. Deverre.*

(19) Scaccia *de sent: et re jud, Gloss. 14 quaest. 27 n.° 12.* « *Verum tamen est quod repetens datum seu solutum mulieri debet ipse probare locupletationem, et consequenter versionem in utilitatem mulieris, non autem tenetur mulier probare non versionem.* »

Vedi ancora — La Rota Romana (*Recent. P. 8. Dec. 81 n.° 96.*

1002. Questo termine incomincia a decorrere dal giorno dello scioglimento del matrimonio, come stabilisce il detto articolo 1300, " *a riguardo degli atti delle " donne maritate dal giorno dello sciogli- " mento del matrimonio;* " e gli eredi e gli *aventi causa* non possono esercitare l'azione se non entro quel tempo che rimaneva ai loro autori. *(art. 1301).*

1003. Oltre la *prescrizione* possono verificarsi altri fatti per i quali può dichiararsi non *ricevibile* l'azione di nullità.

1004. Il Codice *(art. 1305)* mentre stabilisce che la obbligazione non si può impugnare da quel minore che con raggiri e mezzi dolosi ha occultato di essere tale, si tace affatto a riguardo delle obbligazioni contratte con tali mezzi dalla donna maritata. Da questo silenzio del legislatore dovrà dedursi che sempre e in ogni caso sia permesso proporre la nullità delle obbligazioni della donna?...

Noi non lo crediamo, e riteniamo invece che la regola stabilita a riguardo del minore debba, per analogia, applicarsi anche alla donna.

Ammesso, infatti, che la donna fosse pervenuta a porre in essere una convenzione con qualcuno che non la conosce, ingannandolo sul di lei vero stato, sia colla presentazione di falsi documenti, sia con frodi e raggiri, essa si renderebbe colpevole di un delitto che la obbligherebbe a sopportarne le conseguenze, senza che potesse impugnare la obbligazione contratta per difetto della autorizzazione maritale. La morale, la giustizia si opporrebbero a ciò.

Nè la obbligazione potrebbe impugnarsi dal marito, perchè il dolo della moglie importa decadenza del diritto di far pronunziare la rescissione, nè egli potrebbe fare annullare le obbligazioni che la moglie si è imposte col suo delitto o quasi-delitto. (20)

1005. Ma senza usare di questi mezzi, potrebbe la donna maritata avere ottenuto lo scopo propostosi per essersi qualificata per nubile o vedova.

In tale ipotesi gli Scrittori distinguono tra il caso in cui non sia stato possibile a colui che è stato ingannato di conoscere la verità, inquantochè la donna fosse notoriamente ritenuta per nubile o vedova, ed il caso nel quale il medesimo, per poco che avesse fatto delle ricerche, avrebbe potuto conoscere il vero stato di quella donna. Nel primo caso decidono che le obbligazioni sono valide, nè possono essere impugnate nel secondo caso ammettono che la donna possa essere liberata dalle obbligazioni assunte, per la ragione che, altrimenti, si aprirebbe una via troppo facile per eludere la regola sopra la incapacità della donna maritata. (21)

Tutto però dipende dalle circostanze da valutarsi dal prudente criterio dei Magistrati. — Se il terzo è rimasto ingannato, solo perchè ha trascurato di adibire le indagini occorenti per conoscere la verità delle cose, egli è in colpa, e le conseguenze devono ricadere sopra di lui, inquantochè la rescissione riposa appunto sopra questo principio, cioè, che vi ha colpa per parte di colui che contratta con un incapace. — Ma quando vi è errore comune sopra la qualità della donna, la colpa sparisce, non vi è più motivo plausibile per applicare il principio surriferito, e la donna non può essere *restituibile* contro gli impegni assunti senza autorizzazione.

1006. La *ratifica* o la *esecuzione* volontaria della obbligazione formano altri due mezzi di *irricevibilità* della azione in nullità.

1007. La conferma o *ratifica* ha per effetto di togliere il vizio da cui era infetta la obbligazione, e di estinguere l'azione in nullità o rescissione. Ma per pro-

(20) Cubain — *Traité des droits des femmes n.° 122.*

(21) Chardon — *P. 1 n.° 88.*

durre ciò è necessario che l'atto di ratifica contenga « *la sostanza della stessa obbligazione, il motivo che la rende viziosa, e la dichiarazione che si intende correggere il vizio su cui tale azione è fondata.* » (*art.* 1309).

La donna quindi che vuole ratificare la sua obbligazione, non solo deve conformarsi a queste prescrizioni della legge, ma, essendo sempre sotto la potestà maritale, deve esservi specialmente autorizzata.

1008. Se il marito vi si rifiutasse, e volesse invece valersi del suo diritto per fare annullare la obbligazione, la donna, che tenesse ad onore di adempiere le sue promesse potrebbe ricorrere alla giustizia ed all'appoggio dell'*art.* 136, invocare da lei l'autorizzazione che il marito ingiustamente le recusa.

1009. Ma la *ratifica* per parte soltanto del marito basterà per convalidare la obbligazione ?....

L'articolo 137 accorda il diritto di dedurre la nullità tanto al marito, quanto alla moglie; conseguentemente anche il diritto di procedere alla ratifica. Ma fra l'esercizio del diritto di nullità e quello di *ratifica*, per quanto riguarda il marito, pare a noi che esista una notabile differenza.

Il marito, anche contro la volontà della moglie, può proporre la nullità della obbligazione contratta senza il suo consenso, perchè l' autorizzazione è ammessa nell'interesse di lui, ne può ad esso negarsi la rivendicazione dei propri diritti. — Ma la ratifica non ha per oggetto la rivendicazione dei diritti del marito; essa invece ha quello di sanare la nullità, di passar sopra, direm così, alla autorità maritale conculcata, di recedere da ciò che poteva costituire l' interesse del marito stesso. — Ora la *ratifica* per parte soltanto del marito non avendo più lo scopo speciale di tutelare l'interesse di lui, non potrebbe vulnerare il diritto della moglie a dedurre la nullità, diritto che essa alla pari del marito stacca dalla legge, per obbligarla invece a rispettare irrevocabilmente tale ratifica.

Questa diversità di effetti tra la deduzione della *nullità* e la *ratifica*, pare a noi, che somministri un criterio sicuro per concludere con *Chardon*, che il diritto della donna a proporre la nullità non può esserle tolto a sua insaputa dal marito, e che la medesima non rimarrà legalmente obbligata se non quando avrà renunziato alla azione di nullità ratificando, come lui, il suo primo contratto (22).

1010. In mancanza dell'atto di ratifica, la obbligazione nullamente contratta può rimanere confermata dalla esecuzione che sia stata data volontariamente alla medesima o in tutto o nella maggior parte. Però questa esecuzione bisogna che si verifichi « *dopo il tempo in cui l'obbligazione stessa poteva essere validamente confermata o ratificata* » (*art.* 1309 1.° *capov.*) cioè quando sia cessata la causa di incapacità.

Così la donna rimasta vedova, eseguendo il contratto da lei posto in essere senza l'autorizzazione del marito, viene a confermarlo validamente, perchè, sciolto il matrimonio, rientra nel pieno e libero esercizio dei propri diritti.

Parimente, la esecuzione data volontariamente dagli eredi alla obbligazione contratta dal loro autore, conferma pienamente quella obbligazione.

1011. La ratifica espressa o tacita che sia importa la renunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro l'atto nullo, salvi i diritti acquistati dai terzi (*detto art.* 1309 2.° *capov.*); avvertendo che gli effetti rimontano al giorno del primo contratto, che nei suoi accessori, e nel suo principale è reputato perfetto.

---

(22) Chardon *n.*° *145*.

TITOLO TERZO.

—

Delle donne commercianti.

1012. In tutti i tempi è stato permesso alle donne di esercitare il commercio.

Le leggi Statutarie in special modo; mentre richiedevano solennità sopra solennità per la validità delle obbligazioni meramente civili delle donne maritate, accordavano poi alle medesime una libertà quasi assoluta, quando si trattava di obbligazioni commerciali.

Questo diverso modo di apprezzare la capacità giuridica della donna, quelle leggi lo desumevano dal fatto stesso dell'esercizio del commercio, inquantochè presumevano in colei che vi si dedicava industria, diligenza, e capacità, e ritenevano che, per la prontezza delle operazioni commerciali, dovesse passarsi sopra alle solennità prescritte, alle quali, d'altronde, era bastantemente supplito colla pubblicità dell'intrapreso esercizio (1).

1013. Tale concetto è quello che ha informato il nostro Codice di commercio nell'accordare alla donna maritata esercente la mercatura piena libertà di obbligarsi per il fatto del suo commercio senza bisogno della autorizzazione maritale o di quella suppletiva della giustizia. — Ma non ha contemplato che le donne maritate, poichè le donne nubili o vedove hanno piena e libera facoltà di esercitare il commercio alla pari degli uomini.

1014. Essendo questo nostro *Lavoro* diretto ad esporre unicamente ciò che vi ha di speciale nell'esercizio dei diritti civili delle donne, non possiamo occuparci che della donna maritata, perchè appunto, esercitando il commercio, vengono a modificarsi notabilmente quei rapporti di subiezione e di dipendenza che intercedono fra lei ed il marito.

1015. Dobbiamo quindi conoscere queste modificazioni della autorità maritale, ed in pari tempo esaminare la condizione giuridica della donna, quando non lei, ma il marito sia quello che esercita il commercio.

CAPITOLO PRIMO

—

Necessità della autorizzazione maritale: suoi effetti.

SOMMARIO

1016. La moglie non può esercitare il commercio senza il consenso del marito.
1017. 1018. 1019. 1020. Quando debba ottenere l'autorizzazione della giustizia.
1021. Se, per il rifiuto del marito, possa ricorrere ai tribunali.
1022. 1023. 1024. 1025. Se, essendo in età minore, basti il consenso del marito per abilitarla al commercio.
1026. 1027. Non importa che il consenso sia espresso; basta un consenso tacito.
1028. Atti e circostanze da cui può desumersi.
1029. 1030. L'autorizzazione benchè tacita deve essere certa.
1031. Effetti della autorizzazione.
1032. 1033. Se vi sia compresa la facoltà di alienare i beni immobili.
1034. Quid se la moglie è in età minore.
1035. 1036. Rapporti che l'esercizio del commercio crea tra la moglie ed il marito.
1037. 1038. 1039. Regime dotale.
1040. Regime della comunione.
1041. Beni parafernali.
1042. Prerogative di cui gode la moglie commerciante.
1043. Oneri ai quali rimane soggetta.
1044. 1045. 1046. Arresto personale.
1047. 1048. 1049. 1050. Bancarotta — eccessività delle spese della famiglia.
1051. Revoca della autorizzazione.
1052. 1053. Se la moglie possa rivolgersi ai tribunali per continuare il commercio.
1054. Interpretazione dell'Art. 10 del Codice di commercio.
1055. Effetti a riguardo dei terzi.

(1) Vedi — *Ansal. De commer. et mercat. — Disc. general. n.° 88.*

1056. 1057. Quid, se l'autorizzazione ad esercitare il commercio fù stipulata nel contratto di matrimonio.
1058. Quid, *se la moglie è legalmnte separata.*

1016. La legge, se permette alla donna maritata l'esercizio della mercatura, se la dichiara abile o capace ad obbligarsi per tutto quello che concerne il suo commercio, non la scioglie però pienamente dai vincoli del potere maritale.

Il marito soltanto deve essere giudice della convenienza e della necessità di aderire o no al desiderio della moglie di intraprendere l'esercizio del commercio, inquantochè questo esercizio, facendo assumere alla donna una speciale posizione a riguardo dei terzi, può presentare dei danni ancora per il marito.

È per queste considerazioni che l'*Art.* 7 del codice di commercio stabilisce che la donna maritata non può esser commerciante senza il consenso espresso o tacito del marito.

1017. Questo principio della necessità del consenso soffre una limitazione quando il marito sia nella impossibilità di esercitare il suo potere. La donna allora deve ottenere l'autorizzazione del tribunale. Anche questa è disposizione espressa del detto *articolo 7.* " *nei casi espressi nel* " *numero* 1 *dell'articolo* 135 *del Codice ci-* " *vile, la moglie, per essere commerciante,* " *deve ottenere l' autorizzazione del tribu-* " *nale* " cioè deve ottenere tale autorizzazione quando il marito sia minore, interdetto, assente, o condannato a più di un anno di carcere, durante la espiazione della pena.

1018. E qui giova notare la differenza caratteristica esistente tra lo disposizioni del Codice civile e quelle del Codice di commercio. — Trattandosi di obbligazioni meramente civili, la donna maritata, allorchè il marito si trova nella impossibilità di esercitare il suo potere, viene reintegrata dalla legge nel libero e pieno esercizio dei propri diritti *(art.* 135 *Cod. civ.)* Al contrario, nel concorso delle medesime circostanze, quando la donna vuole dedicarsi al commercio ha bisogno della autorizzazione del tribunale. Quale può essere la ragione di questa differenza ?.....

Ammesso il principio che la incapacità della donna è introdotta soltanto nell'interesse del marito, e che tale incapacità cessa in lei quando il marito non può esercitare il suo potere, potrebbe forse logicamente concludersene che rientrata nel pieno esercizio dei suoi diritti, come può obbligarsi in via civile, così potesse ugualmente esercitare il commercio senza bisogno della autorizzazione della giustizia.

Però se ci facciamo ad esaminare la natura e gli effetti delle obbligazioni che ordinariamente la donna può porre in essere senza l'autorizzazione del marito o della giustizia, e quelle che pone in essere come commerciante, è facile riscontrarvi una diversità sostanziale.

Quando si tratta di obbligazioni meramente civili, tutto, in ultima analisi, si riduce ad un interesse pecuniario a cui il marito rimane assolutamonte estraneo. Ma quando la donna vuole dedicarsi al commercio non si tratta più del di lei esclusivo interesse, vi è allora impegnata qualche cosa di più, l'interesse *morale* ed ancora l' interesse pecuniario dello stesso marito.

È certo, infatti, che la donna segue la condizione civile del marito: è questo uno dei principali effetti che produce il matrimonio *(art.* 131 *Cod. civ.)* Dedicandosi essa alla mercatura assume indubbiamente uno stato ed una condizione diversa da quella del marito. Come potrebbe ammettersi, per esempio, che una donna la quale, per il matrimonio, è entrata a formar parte di una famiglia stata aliena mai sempre dalle speculazioni commerciali, potesse romperla colle tradizioni della famiglia stessa, e dedicarsi al commercio per la circostanza che il marito è

impossibilitato ad esercitare il suo potere?.....

Vi ha di più — Se vi è comunione di beni, la donna, colle sue obbligazioni commerciali, viene ad obbligare anche il marito *(art. 8 cod. di comm.)* Ecco quindi la ragione della differenza stabilita dalla legge, e' della necessità, per la donna, di ricorrere alla giustizia onde essere autorizzata ad esercitare il commercio. È una autorizzazione che garantisce l' interesse del marito, e che il tribunale, valutate le circostanze dei casi, accorderà o ricuserà nel modo stesso che avrebbe potuto denegarla o concederla lo stesso marito.

1019. Obbligando la donna ad ottenere l'autorizzazione del tribunale anco nel caso della *minorità* del marito l'*art.* 7 surramentato ha posto fine ad una grave questione insorta nella giurisprudenza Francese.

Il codice di commercio Francese *(articolo 4)* richiede il consenso del marito onde la moglie possa esercitare il commercio, ma non contiene alcuna disposizione relativamente al caso in cui il marito si trovi costituito nella età minore. Da questo silenzio della legge sono sorte diverse opinioni. — Alcuni hanno ritenuto che la donna dovesse rivolgersi alla giustizia per ottenere l' autorizzazione che il marito è inabilitato a prestare. — Altri che tale autorizzazione dovesse prestarsi dai parenti dello sposo, essendo essi i più competenti perchè iniziati a tutti i segreti della famiglia. — Finalmente vi sono coloro che hanno opinato che il silenzio della legge fosse per la donna una negazione formale di esercitare il commercio, e che essa dovesse attendere la maggiorità del marito per ottenerne la relativa autorizzazione. (2)

Come ben si rileva, il nostro Codice ha accolto l'opinione di coloro che ritengono la necessità della autorizzazione della giustizia, opinione che ci sembra la più razionale e la più giusta, perchè garantisce ed assicura l'interesse dal marito senza ledere quello della moglie.

1020. Dispone il citato Articolo 7 *(2.° capoverso)* che la moglie deve ottenere l'autorizzazione del tribunale ancora quando sia » *legalmente separata, se il marito* » *ricusi di darle il consenso.* »

A differenza delle obbligazioni civili per le quali la moglie legalmente separata per colpa del marito, non ha bisogno della di lui autorizzazione *(art.* 135 *n.°* 2 *cod. civ.)*, la donna che vuole esercitare il commercio ha bisogno del consenso del marito, e nel caso di rifiuto deve ottenere l'autorizzazione della giustizia senza riguardo alcuno alle cause che hanno dato luogo alla separazione.

La disposizione dell'*art.* 7 è generale ed assoluta, ne permette distinguero tra il caso della separazione avvenuta per colpa della moglie o per colpa del marito. D'altronde le ragioni di convenienza e di interesse, di cui sopra abbiamo fatto parola, sussistono del pari tanto nell'un caso che nell'altro. Quello che vi è di comune tra il detto articolo 7 e l'articolo 136 del codice civile si è che il marito il quale ricusa il suo consenso deve essere sentito dal Tribunale in camera di consiglio per esporre i motivi del suo rifiuto.

1021. Se la moglie è obbligata di ottenere l'autorizzazione del tribunale quando il di lei marito sia minore, interdetto, assente o condannato a più di un anno di carcere, potrà ricorrere alla giustizia allorchè il marito stesso, che non si trova in quelle condizioni, rifiuti concederle la richiesta autorizzazione?....

Per quanto il disposto dell'*articolo* 7 possa apparire formale » ivi » *la donna* » *maritata non può essere commerciante senza il consenso espresso o tacito del ma-* » *rito* »; e per quanto possa dedursene logicamente che il marito sia giudice so-

(2) Vazeille — *du mariage Tom. 2. n.° 330.* — *Duranton. Tom. 2 n.° 478.*

vrano della convenienza di accordare o denegare l'autorizzazione, non è men vero per altro che questa disposizione non costituisca una eccezione al diritto comune, al principio, cioè, stabilito dall'articolo 136 del Codice civile, per il quale la moglie nel rifiuto del marito ha diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria. Ora considerata come *eccezione* non deve darsi alla *disposizione* una interpretazione limitativa, ma bensì una interpretazione *estensiva* che non l'allontani, ma anzi la concili con il menzionato principio del diritto comune.

Ed invero, cosa richiede l'Art. 7?... Il consenso del marito. Ma la donna non può ricorrere alla autorità giudiziaria se non quando abbia domandato questo consenso: è soltanto per il fatto del rifiuto che si rivolge al tribunale. Dunque rimane salvo il principio della autorità maritale che si è voluto tutelare dalla legge.

Se nel tema di separazione personale, in cui certamente i vincoli della potestà maritale vengono notabilmente a rallentarsi, deve la donna richiedere il marito del suo consenso, e nel caso di rifiuto l'autorizzazione della giustizia, non vi è ragione per denegarle questo stesso diritto quando essa non è separata.

Non basta — Supponete che sia dimostrato come la donna dedicandosi al commercio può, colla sua industria, migliorare la condizione sua e dei figli e sovvenire ai bisogni della famiglia, bisogni ai quali, d'altra parte, il marito non possa provvedere. Certamente in questa ipotesi e nelle infinite altre che si possono configurare la equità e la giustizia richiedono che il tribunale si faccia cognitore del fatto, intenda il marito nelle ragioni che lo muovono a denegare il suo consenso, e dietro la conveniente valutazione statuisca ciò che può essere veramente utile non all'interesse personale dell'uno o dell'altro sposo, ma a quello della società coniugale.

Questa nostra opinione è confortata da quella di Scrittori e Tribunali Francesi, i quali interpretando una disposizione di legge identica a quella del nostro articolo 7, ritengono che nell'ingiusto rifiuto del marito di concedere alla moglie il consenso per esercitare il commercio, può la medesima ricorrere alla giustizia dei Tribunali. (3)

1022. Dobbiamo ancora esaminare un'altra questione — se la donna maritata che si trova costituita in età minore possa essere abilitata all'esercizio del commercio col solo consenso del marito.

È indubitato che la donna minore maritata è colpita da una doppia incapacità: dalla incapacità per il fatto del matrimonio, dalla incapacità per il fatto della sua età minore. — L'autorizzazione del marito l'abilità, è vero, a contrattare come donna maritata, ma non può far cessare la incapacità resultante dalla di lei qualità di minore, incapacità fondata sulla debolezza ed inesperienza presunta delle persone costituite in tale età.

È vero del pari che col matrimonio la donna rimane emancipata dall'autorità paterna, ma questa emancipazione non produce altro effetto a riguardo della medesima che quello di darle per curatore il marito, *(art.* 310, 315, 2.° *cap. Cod. civ.).* Potrà da se sola fare tutti gli atti che non eccedono la semplice amministrazione; potrà col consenso del marito como curatore, risquotere i suoi capitali e stare in giudizio, ma non potrà certamente, come non lo possono tutti gli altri minori emancipati, procedere ad atti eccedenti la semplice amministraziono se non vi concorre il consenso del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia, *(art.* 317, 318, 319, *Cod. civ.).*

1023. Sono questi i principj direttivi quando si tratta di obbligazioni meramente civili; quindi la soluzione della questione proposta si concentra tutta nel vedere se

(3) Locré — *Esprit du Cod. de comm. sur l'art. 4.*

— *Paris 24 Oct. 1844 (Tom. 2 1844 pag. 461.)* — *Lavocat.*

questi principj trovino una deroga nel vigente Codice di commercio.

1024. Gli articoli 4 e 6 di questo Codice stabiliscono che i minori emancipati si maschi che femmine non possono esercitare il commercio senza osservi autorizzati dal genitore emancipante, o respettivamente dal consiglio di famiglia; che i minori commercianti possono ipotecare i loro beni immobili, ma non possono alienarli senza il consenso del curatore e la autorizzazione del consiglio di famiglia.

Il successivo Articolo 9 stabilisce che la moglie commerciante non può alienare i suoi beni immobili senza l'adempimento di tali formalità.

Ecco il preciso tenore di questi Articoli:

Articolo 4. » *I minori emancipati si » maschi che femmine, per potere esercitare » il commercio ed essere reputati maggiori » quanto alle obbligazioni da essi contratte » per atti di commercio, devono essere au- » torizzati dal genitore emancipante con atto » da seguire davanti il pretore, e se furo- » no emancipati dal consiglio di famiglia » o di tutela, devono essere autorizzati con » deliberazione dello stesso consiglio omo- » logata dal tribunale civile in conformità » dell'articolo* 319 *del Codice civile.* »

Articolo 6. » *I minori commercianti pos- » sono ipotecare i loro beni immobili. — Non » possono alienarli, se non osservate le for- » malità stabilite dall'articolo* 319 *del Co- » dice civile.* »

Articolo 9. » *La moglie commerciante » può senza autorizzazione del marito dare a » pegna, ipotecare ed alinare i suoi beni im- » mobili, salvo quanto alla moglie che sia » minore il disposto dell'articolo* 6. »

1025. Esaminando questi *Articoli*, noi, anzichè trovare una deroga ai principj generali, vi troviamo invece la conferma.

È da rilevarsi, infatti, che a norma dell'Articolo 4, la emancipazione e la abilitazione al commercio formano due cose separate o distinte, in quantochè per l'esercizio del commercio si richiede una autorizzazione speciale. — La donna col matrimonio divieno di diritto emancipata, ma non acquista diritti maggiori di quelli che si competono agli altri minori; quindi viene necessariamente compresa nella disposizione generalo del detto Articolo.

Ma quello cho elimina ogni dubbio si è il disposto dell'Articolo 9, col quale si stabilisce, che la moglie commerciante può senza l'autorizzazione del marito ipotecare ed alienare i suoi beni immobili, salvo che sia costituita in età minore, nel qual caso deve ottenerne l'autorizzaziono del consiglio di famiglia. — Ora se la moglie minore già abilitata al commercio ha bisogno della autorizzazione del consiglio di famiglia per alienare i suoi beni immobili, e così per esercitare atti del suo commercio, a maggior ragione deve aver bisogno della autorizzazione richiesta per gli altri minori emancipati quando si tratta di abilitarla a tale esercizio.

Riteniamo per tanto che la mente del legislatore sia stata quella di sottoporre la donna minore maritata alle stesse formalità prescritte per i minori emancipati e che conseguentemente non possa essere abilitata al commercio se non vi concorre il consenso del marito, e l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

1026. Quando ambidue i coniugi sono maggiori di età, il consenso del marito basta per abilitare la moglie ad esercitare il commercio.

1027. La legge non richiede che questo consenso. Non importa quindi che sia espresso o per iscritto; può essere anche tacito e resultare dalle circostanze.

» *Si presume* (così l'articolo 7), *il con- » senso del marito quando l'esercizio della » professione di commerciante sia pubblico » e notoria, salvo che il marito ne avesse » fatta dichiarazione contraria da registrarsi » nella cancelleria, e da essere e rimanere » affissa nella sala del tribunale di com- » mercia.* » La notorietà pertanto e la pubblicità dell'esercizio del commercio per parte della donna è la condizione nel con-

corso della quale deve presumersi che il marito abbia prestato il proprio consenso, e ciò fino a che il medesimo non faccia una dichiarazione contraria.

1028. Nella mancanza di consenso espresso del marito, per stabilire se la moglie debba considerarsi per pubblica mercantessa, bisogna aver riguardo alla natura degli *atti* posti in essere, o soprattutto alla loro moltiplicità, perchè soltanto l'abitudine di fare atti di commercio attribuisce la qualità di commerciante *(articolo 1, Cod. di comm.)* — Per esempio, un atto, o più atti isolati, benchè di natura commerciale, posti in essere dalla donna, non bastando a costituire l'*abitualità* richiesta, non potrebbero fare presumere l'autorizzazione tacita del marito, e conseguentemente la validità delle obbligazioni contratte. Tanto la moglie quanto il marito potrebbero sempre insorgere contro tali obbligazioni, ed otteneme l'annullamento.

Al contrario — se la donna, essendo già mercantessa pubblica avanti il matrimonio, avesse continuato l'esercizio del commercio anco posteriormente; — se, per esempio, tenesse in suo nome un albergo guarnito, tali fatti le attribuirebbero necessariamente la qualità di commerciante, e dovendosi presumere il consenso tacito del marito, le obbligazioni che essa contraesse per causa di questo commercio sarebbero valide benchè mancanti di una speciale autorizzazione. (4)

1029. Ma l'autorizzazione benchè tacita deve essere certa, e non potrebbe desumersi da circostanze dubbie o di una pretesa analogia.

Così la facoltà concessa dal marito alla moglie di amministrare i beni della comunione non potrebbe estendersi fino al punto di ritenere concesso alla medesima il diritto di darsi a delle speculazioni commerciali estranee al suo mandato. Il silenzio del marito, in questo caso, non potrebbe convalidare gli impegni presi dalla moglie; tutto al più le circostanze dovrebbero far conoscere della intenzione, e ne apparterrebbe ai giudici la opportuna apprezzazione. (5)

Parimente, se il marito avesse dato alla moglie una autorizzazione generale ad alienare i propri beni, ad ipotecarli, contrarre mutui, costituirsi sicurtà ecc., e di cho nell'articolo 134 del Codice civile, ed essa, dietro questa generale autorizzazione, imprendesse ad esercitare il commercio, da tale esercizio non potrebbe certamente desumersi il consenso tacito, perchè gli *atti* intrapresi dalla donna non rientrano per loro natura nella autorizzazione, comunque generale, che le venne concessa.

1030. L'esercizio abituale del commercio per parte della donna, ed il silenzio del marito fanno presumere il di lui consenso.

Questa presunzione non potrebbe rimanere distrutta dal marito stesso asserendo che la moglie esercitò il commercio contro la sua volontà. Vi occorre una opposizione formale onde i terzi, affidati nella notorietà e pubblicità del fatto, non restino vittime della loro buona fede: ed è appunto a tale scopo che la legge prescrive la registrazione e l'affissione nel tribunale di commercio dell'*atto* di opposizione. *(art. 7)*.

Se il marito non ha saputo far rispettare la sua autorità o non ha proceduto a far quanto gli veniva prescritto, le conseguenze della disubbidienza della moglie devono cadere su lui non sopra i terzi.

1031. Abilitata la moglie ad esercitare il commercio, essa acquista la capacità di obbligarsi e di stare in giudizio senza altra autorizzazione del marito *(art. 8)*. — Così può dare a pegno, ipotecare ed alie-

(4) *Cass. 27 avril 1841.*
— *Paris 21 Nov. 1812. Lavaillant. c. Cendrier.*

(5) Pardessus — *Cours de droit commercial. n.° 63.*

nare i suoi beni immobili, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, e transigere *(art. 9, Cod. di Comm. art. 135, n.° 3, Cod. Civ.)*

Ma questo potere della donna non è senza limiti poichè la legge che glielo accorda vi aggiunge due modificazioni importanti; l'una, che le sue prerogative si limitano a ciò che riguarda il proprio commercio; l'altra, che non può disporre dei beni dotali. Questo resulta dagli articoli 8 e 9 del Codice di commercio: » *La moglie commerciante può senza altra autorizzazione del marito stare in giudizio, e contrarre obbligazioni per tutto ciò che concerne il suo commercio. (art. 8)*

— » *Tuttavia i beni dotali non possono essere ipotecati ne alienati fuorchè nei casi e nelle forme determinate dal Codice civile. (art. 9)*.

È quindi dentro questi limiti che la donna ha piena e libera facoltà di obbligarsi; al di là la potestà maritale ha lo stesso peso che sulle altre donne maritate.

1032. Non è sempre facile di conoscere se la donna abbia rispettato o ecceduto questi limiti.

Vi sono degli *atti* che hanno insita in se la qualità di *commercialità*, e che posti in essere da un commerciante devonsi presumere fatti nell'interesse del suo commercio, abbenchè questa causa non sia stata espressa.

Ma ve ne sono altri che per la loro natura non possono ritenersi per *atti* di commercio, ammenochè non sia dimostrata la causa commerciale.

Certamente i *biglietti all'ordine* sottoscritti dalla donna commerciante, o le obbligazioni da lei contratte in questa qualità, quando non sia espressa una causa diversa, devono ritenersi per *atti* di commercio, perchè tali vengono reputati dalla legge *(art. 3 cod. di comm.)*, ed incomberebbe al marito o alla moglie che intendessero impugnarli di giustificare che non sono relativi al commercio autorizzato.

1033. Ma se si tratta di alienazione di immobili non può adottarsi lo stesso criterio.

Chardon ritiene, che ogni *atto* nel quale la donna commerciante stipula in tal qualità è di pieno diritto obbligatorio verso di lei, come verso suo marito (6).

Per quanto rispettabile sia la opinione di questo Scrittore, non crediamo che si possa risolvere in modo così assoluto la questione di cui è parola.

Non bisogna dimenticare che l'autorizzazione della donna ad esercitare il commercio non da validità che agli atti relativi al commercio autorizzato. L'alienazione di immobili intanto può essere valida in quanto sia stata fatta in causa ed occasione di quel commercio, non per una causa estranea al medesimo. Ora siccome l'*atto* non ha insito in se il carattere di commercialità, occorre che vi sia espressa la causa commerciale, o che tal qualità sia dimostrata. — Nella mancanza di questa causa la presunzione si è che l'alienazione sia estranea al commercio, e così essendo, non può spettare certamente alla moglie o al marito lo escludere la causa commerciale ma bensì al compratore di giustificarla quando il contratto venisse impugnato.

Concludiamo: — se nell'*atto* di alienazione è espressa la causa commerciale, la moglie o il marito non possono insorgere contro il medesimo altrochè dimostrando la *falsità* della causa; — se la causa non è espressa, l'*atto* si presume estraneo al commercio autorizzato, e spetta al compratore di giustificare il contrario quando venga impugnato.

1034. La donna può alienare i suoi beni immobili per causa del commercio da lei esercitato quando sia maggiore di età; allorchè è minore deve, come già abbiamo accennato, ottenerne l'autorizzazione dal consiglio di famiglia o di tutela *(art. 6 e 9 Cod. di comm.)*

(6) *Chardon. P. 1. n.° 189.*

1035. Fin qui delle facoltà concesse dalla legge alla moglie commerciante e dei suoi rapporti coi terzi, dobbiamo ora esaminare i rapporti giuridici che il fatto del commercio crea fra lei ed il marito.

1036. Questi rapporti variano a seconda del diverso regime matrimoniale sotto del quale i coniugi si sono maritati.

1037. Se vi e regime dotale possono configurarsi due ipotesi; 1.° che la donna si sia costituita in dote la propria industria, o faccia il commercio con i beni dotali; 2.° che la medesima faccia il commercio con beni dotali, e con beni parafernali.

1038. Allorchè, esercitando già il commercio, si costituisce in dote la propria industria, questa costituzione non può avere un valore diverso da quello in cui la dote consista in beni, o in danaro. Ora siccome il marito è l'usufruttuario della dote *(art. 1399 cod. civ.)* ne consegue che i lucri commerciali ottenuto della moglie appartengono al medesimo.

Lo stesso è a dirsi quando il commercio sia fatto coi danari *dotali* dietro le opportnne autorizzazioni ottenute dalla giustizia (7).

È da avvertirsi per altro che il conseguimento di questi lucri non può ottenersi dal marito quando a lui piaccia. Per non portare incaglio alle operazioni commerciali esso non deve prelevare alcuna somma, a tal titolo, se non quando è stata determinata nei relativi *bilanci* la cifra dell'annata, ammenochè si tratti di somme modiche al fine di sovvenire ai di lui bisogni, o a quelli della famiglia (8).

1039. Se la donna, senza essersi costituita in dote la propria industria, fa il commercio con beni *dotali*, e con beni *parafernali*, il marito non ha diritto che alla porzione dei benefizi che deve essere considerata come il frutto dei beni dotali, appartenendo l'altra porzione esclusivamente alla donna (9).

1040. Esistendo comunione di beni, l'autorizzazione di esercitare il commercio produce l'effetto non solo di obbligare la moglie per gli impegni che contrae, ma ancora di obbligare il marito » *ristrettamente agli utili della comunione* » *(art. 8 cod. di comm.)*

Ciò essendo, ben si intende che il marito deve partecipare anche ai benefizi inquantochè l'articolo 1436 del codice civile stabilisce chiaramente che l'effetto della comunione » *è di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante la comunione, siano essi derivati dall'industria comune, o da risparmi fatti sui frutti o sulle entrate dei coniugi.*

1041. Finalmente, se la moglie fa il commercio con i propri beni *parafernali*, essa ha diritto alla totalità dei benefizi che ne ritrae, perchè di tali beni essa ne ha il libero e pieno godimento *(art. 1427 cod. civ.)*

Lo stesso è a dirsi quando sia separata di beni. Però tanto in questo che nell'altro caso ha l'obbligo di contribuire, in proporzione dei lucri che conseguisce e delle sostanze del marito, alle spese domestiche ed a quello della educazione della prole *(art. 138 e 1423 cod. civ.)*

1042. La donna autorizzata all'esercizio del commercio gode di tutte lo prerogative che vi sono inerenti.

Però non può figurare nella *lista* dei nomi che le Camere di commercio propongono al Re per la nomina dei giudici dei tribunali di commercio inquantochè, per il nostro diritto pubblico, le donne sono escluse dall'esercizio di funzioni giudiziarie; lo che trova anche la sua conferma nel disposto combinato degli articoli 56, 57 e 63 del decreto sull'ordinamento giudiziario del 6 Dicembre 1865.

(7) *Duranton Tom. 2. n.° 289.*

(8) Cubain — *Traité des droits des femmes n.° 593.*

(9) *Idem.*

1043. Se la donna gode di tutti i vantaggi derivanti dalla qualità di commerciante, essa, alla pari degli uomini, rimane sottoposta a tutto il rigore delle leggi relative all'arresto personale, al fallimento ed alla bancarotta.

1044. Nelle materie civili, per un favore tutto particolare, la donna è esente dall'arresto personale in tutti i casi nei quali l'uomo vi è sottoposto *(art. 297 cod. civ.)*

Essa conserva questo privilegio anche quando, non rivestendo la qualità di commerciante, abbia contratto degli impegni che la legge ritiene per atti di commercio. — Così, la sottoscrizione di lettere di cambio, ancorchè solo nella qualità di *girante*, non è riputata riguardo ad essa che una semplice obbligazione civile; lo che esclude la via dell'arresto personale *(art. 99 cod. di comm.)*

145. Ma esercitando il commercio perde il privilegio che la legge accorda al suo sesso e rimane soggetta all'arresto personale come qualunque altro commerciante: è disposizione chiara ed esplicita *Articolo* 729 » *le donne e i minori com-* » *mercianti non sono soggetti all'arresto per-* » *sonale, salvo che per i fatti relativi al* » *commercio che esercitano abitualmente.* »

1046. Si riteneva anticamente che l'arresto personale pronunziato contro la moglie colpisse ancora il marito (10).

Ma questo principio esorbitante non sarebbe davvero adottabile di fronte alle nostre leggi. E prima di tutto è da osservarsi che l'autorizzazione concessa dal marito alla moglie non sta a garantire l'interesse dei terzi, ma solo è diretta a prosciogliere la medesima dal vincolo della autorità maritale per abilitarla ad obbligarsi e renderla così responsabile dei propri impegni. Tanto ciò è vero che l'autorizzazione può essere revocata in ogni tempo *(art. 10 cod. di comm.)*

È da osservarsi ancora, per la ragione appunto che l'arresto personale colpisce esclusivamente colui che si obbligò, come l'articolo 2099 del codice civile stabilisce — non potersi eseguire l'arresto simultaneamente contro il marito e la moglie per lo stesso titolo — esserne esente la moglie quando il marito si sia obbligato in solido con lei.

È vero che, essendo i coniugi in comunione di beni, la moglie commerciante oltre obbligare se stessa, obbliga ancora il marito: ma questa obbligazione del marito, come si è detto, è ristretta agli utili della comunione » *ristretta-* » *mente agli utili della comunione* » *(art. 8)*; espressioni che fanno chiaramente apprendere che all'infuori di questi *utili*, la obbligazione del marito non può estendersi ad altro. — Ciò è ammesso anche dalla giurisprudenza francese. (11)

1047. Rimanendo la donna sottoposta a tutti gli oneri che derivano dall'esercizio del commercio, certo è che si rende a lei comune tutto quanto è stabilito dal Codice in tema di *fallimento* e di *bancarotta.*

1048. Volendo trattare di queste materie ci allontaneremmo troppo dal nostro scopo: pure crediamo utile esaminare un caso speciale relativo alla *bancarotta* inquantochè riflette grandemente l'interesse della donna commerciante.

1049. Ognun sa che può essere dichiarato colpevole di *bancarotta* semplice il commerciante fallito, se le sue spese personali o quelle della sua casa sono giudicate eccessive *(art. 698 n.° 1 cod. di commercio)*.

Il marito come capo della famiglia ha il diritto di regolarne le spese, ma non per questo l'articolo 698, sarebbe meno applicabile alla moglie esercente il commercio perchè, come dice *Cubain*, se il

(10) Pothier — *De la puiss. du mari n.° 22.*

(11) *Toullier. Tom. 2. n.° 630.* — *Lyon 26 juin 1822 de Pyron c. Doguin.*

marito non può evitare le pene della bancarotta semplice stabilendo che le spese eccessive sono state fatte da sua moglie, è giusto parimente che la moglie non possa evitare queste stesse pene pretendendo di essere straniera a tali spese (12).

1050. Il punto di partenza per ritenere responsabile la moglie della eccessività delle spese della famiglia è da ricercarsi negli articoli 138 e 1423 del codice civile, per cui è prescritto, che il padre e la madre hanno l'obbligo di contribuire, in proporzione delle loro sostanze, alle spese domestiche ed a quelle della prole; che a tali spese deve contribuire la madre anche quando abbia ottenuto la separazione della dote.

Ammesso pertanto l'obbligo nella moglie di contribuire alle spese della famiglia, è una conseguenza logica che essa debba assumere la responsabilità di questo contributo, specialmente poi quando esercita il commercio, perchè essa è in colpa di non aver cessato dal commercio stesso dal momento in cui ha potuto conoscere che il contributo da lei portato al mantenimento della famiglia era superiore alla sua posizione commerciale.

Questo principio soffrirebbe per altro una limitazione ognorachè le spese della famiglia fossero state fatte coi lucri commerciali della donna, e che questi lucri, per le ragioni superiormente esposte, appartenessero al marito; in questo caso i creditori della moglie non avrebbero diritto di lagnarsi che tali lucri siano stati impiegati in spese eccessive, inquantochè non costitoendo una garanzia dei loro crediti, evadono necessariamente ad ogni azione per parte loro (13).

1051. Nel modo stesso che il marito ha il diritto di revocare l'autorizzazione generale data alla moglie di alienare i suoi beni immobili, e di stare in giudizio *(art. 134, Cod. civ.)*, così può revocare la autorizzazione concessa alla medesima di esercitare il commercio *(art. 10, Codice di commercio)*.

1052. Tanto il diritto di prestare il consenso quanto quello di revocarlo hanno per fondamento la stessa ed identica causa, la supremazia maritale. Giudice il marito della opportunità e della convenienza si deve presumere che egli abbia autorizzato la moglie alla mercatura in quanto l'abbia creduta abile e capace a tale esercizio; si deve presumere ugualmente che possenti ragioni, e per il proprio interesse e per quello della donna o della famiglia, lo inducano a revocare l'autorizzazione che aveva concessa.

Ma questa presunzione può rimanere smentita dai fatti. — Si supponga che la moglie con un commercio lucroso ed onorevole faccia fronte ai bisogni della famiglia, mentre il marito non può provvedervi; e che, revocandosi l'esercizio di questo commercio si venga, per una liquidazione intempestiva, ad affrettare la di lei rovina, o a privarla dei lucri legittimamente sperati. — La ragione e la giustizia richiedono che in tali circostanze l'autorità maritale debba avere un controllo, che debbano essere esaminate, valutate, pesate, direm così, le ragioni che muovono il marito a ritirare il proprio consenso.

1053. Illustri Scrittori hanno ritenuto che la donna possa rivolgersi alla giustizia per ottenere di continuare il commercio a cui il marito ingiustamente si oppone (14).

Questo concetto è quello che informa l'Articolo 10 del nostro Codice di commercio stabilendosi che » *l'autorizzazione* » *data dai genitori o dal consiglio di famiglia* » *o di tutela al minore per esercitare* » *il commercio, ed il consenso dato per tale*

(12) *Cubain n.° 593.*
(13) *Cubain. Idem.*

(14) Locré *sur l'art. 4. Cod. Comm.* — *Chardon. P.° 1.° n.° 200.*

» *oggetto dal marito alla moglie possono in*
» *ogni tempo essere revocati. — La rivo-*
» *cazione però seguita dopo che il minore*
» *o la donna maritata abbia già impreso*
» *l'esercizio del commercio, non ha effetto*
» *se non mediante l'approvazione del tribu-*
» *nale civile.* »

1054. Esaminando specialmente questo Articolo resulta — che il marito può in ogni tempo revocare il consenso dato alla moglie — che la revoca deve essere approvata dal tribunale se è avvenuta dopo chè la donna ha impreso l'esercizio del commercio.

Dunque, stando alla lettera della disposizione, la revoca a *cosa intiera* produce i suoi effetti senza bisogno della sanzione dell'autorità giudiziaria.

Per quanto si presenti logica la conseguenza non crediamo però che tale sia stata la mente del legislatore.

Si intende bene la ragione di avere subordinato la efficacia della rivocazione alla approvazione del tribunale, quando è stato già impreso l'esercizio del commercio inquantochè, come si è osservato, una revoca capricciosa o intempestiva può essere la rovina degli interessi non solo della moglie ma ancora della famiglia.

Ma anche la rivocazione a *cosa intiera* può esser causa delle stesse dannose conseguenze quando specialmente vi sono tutte le probabilità che l'esercizio del commercio sia per riuscire vantaggioso e proficuo. D'altronde, il pentimento del marito, che egli deduce all'atto colla revoca, fa sorgere ragionevole il dubbio o di troppa condiscendenza e di irriflessione nel prestare il consenso, o di capriccio e di arbitrio nel revocarlo.

Necessità pertanto che la giustizia intervenga onde prenda cognizione del vero stato delle cose, e protegga la moglie se vi è abuso per parte del marito.

1055. La legge non si limita a garantire l'interesse della donna, ma garantisce ancora l'interesse dei terzi che abbiano contrattato con la medesima, poichè stabilisce, che la revocazione non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, neppure per le operazioni in corso di negoziazione *(articolo 10, 2.° capover.)*.

1056. Se la donna si fosse maritata colla qualità di pubblica mercantessa, o che l'autorizzazione ad esercitare il commercio le fosse stata data col contratto di matrimonio, potrebbe il marito opporsi in seguito a tale esercizio, o revocare l'autorizzazione? . . .

Ecco un altra questione stata ugualmente agitata tra gli scrittori francesi.

Toullier, crede che nelle surriferite circostanze debbasi rifiutare al marito il diritto di opporsi alla continuazione del commercio, e di revocare l'autorizzazione.

Chardon, confutando la opinione di Toullier, fa rilevare — Che se una donna di già mercantessa, ponesse per condizione al suo matrimonio la continuazione del proprio commercio, senza che il marito avesse il diritto di impedirlo, tal condizione non solo sarebbe revocabile, ma sarebbe infetta da una nullità d'ordine pubblico — che il voto di obbedienza da lei fatto, prendendo marito, non sarebbe che un giuoco — che l'esercizio del commercio intanto è compatibile colla potestà maritale in quanto il marito abbia diritto, a ciascun momento, di farlo cessare, e di riprender la pienezza del suo potere (15).

1057. Di fronte alle disposizioni del nostro Codice civile non potrebbe che accogliersi la opinione di Chardon, — perchè il marito è capo della famiglia, ed è per questa supremazia che viene a lui attribuito il diritto di autorizzare la moglie ad obbligarsi *(art. 133, Cod. civ.)* — perchè questa facoltà, essendo d'ordine pubblico, non può esservi derogato in modo alcuno conforme stabilisce in proposito l'Articolo 1379.

1058. Abbiamo già detto (n.° 1020), che la moglie legalmente separata deve, per esercitare il commercio, ottenere l'au-

(15) *Chardon. P. 1 n.° 199.*

torizzazione del tribunale, se il marito ricusi di darle il consenso.

Ammesso pertanto che il marito abbia concesso tale autorizzazione, e che poscia pentito la revochi, non potrebbe certamente denegarsi alla donna di rivolgersi al tribunale per ottenere di continuare nell'esercizio intrapreso, inquantochè tanto il rifiuto del consenso quanto la revoca della autorizzazione già concessa possono avere per movente una causa ingiusta e capricciosa da rendersi necessario che il tribunale l'assuma in esame, e tuteli l'interesse della donna.

CAPITOLO SECONDO

—

Della donna il di cui marito è commerciante.

SOMMARIO

1059. La moglie non commerciante non partecipa agli oneri ed alle prerogative del marito che riveste tal qualità.

1060. 1061. 1062. 1063. 1064. Se stante questa posizione separata e distinta possa la donna stipulare una società commerciale col marito.

1065. 1066. 1067. 1068. La moglie non partecipa alle obbligazioni del marito neppure quando diriga ed amministri il di lui commercio.

1069. 1070. Mandato relativo del marito — espresso — tacito.

1071. 1072. Per quali operazioni la moglie preposta al commercio obblighi il marito.

1073. Revoca del mandato.

1074. 1075. Modificazioni dei diritti della moglie nel caso di fallimento del marito.

1076. 1077. Azione di ripresa per parte della moglie.

1078. Relativamente ai beni immobili che le appartenevano al tempo del suo matrimonio.

1079. Relativamente a quelli in lei pervenuti per successione o donazione.

1080. 1081. Relativamente a quelli acquistati.

1082. Oneri cui viene sottoposta la restituzione dei beni immobili.

1083. Ipoteca legale della moglie — Modificazione che subisce per il codice di commercio.

1084. Se la ipoteca legale possa estendersi ai miglioramenti del fondo ipotecato.

1085. 1086. 1087. Rivendicazione degli effetti mobili della donna.

1088. Ripetizione di crediti.

1089. 1090 1091. Regime della comunione. — diritti competenti alla moglie del fallito.

1092. 1093. 1094. 1095. Misure conservatorie competenti alla medesima.

1096. 1097. Modificazioni portate dalla legge commerciale ai vantaggi stipulati a favore della moglie nel contratto di matrimonio.

1098. Le modificazioni ai diritti della moglie non sono applicabili se non quando si verifichi il fallimento del marito.

1099. Quid, nel caso di concordato.

1100. Quid, se il marito ristabilisca la sua fortuna.

1101. Sanzioni penali quando la moglie abbia distratto o ricettato valori ed oggetti appartenenti al fallimento.

1059. È indubitato che la moglie non abilitata al commercio non partecipa in modo alcuno alle prerogative ed alle obbligazioni che derivano dalla qualità di commerciante di cui è rivestito il marito.

1060. Ma questa posizione separata e distinta che la legge crea a favore della donna porta la conseguenza di impedire qualunque contratto tra i coniugi, e specialmente di contrarre tra loro una società commerciale?....

1061. Per risolvere tale questione è indispensabile riportirsi ai principj.

1062. È certo che i contratti a titolo lucrativo sono proibiti tra i coniugi durante il matrimonio *(art. 1054 cod. civ.)*, ma non è così dei contratti a titolo correspettivo, per esempio la vendita.

1063. È da ritenersi, indubbiamente, che la vendita sia permessa tra i coniugi inquantochè il Codice civile non gli comprende tra le persone che non hanno capacità di comprare o vendere *(art. 1456 1457)*.

A questo riguardo non sapremmo far meglio che riportare le ragioni addotte dall'illustre Pisanelli nella sua relazione al progetto del codice civile. « *Permettere* » (dice egli) *la vendita fra i coniugi è*

» *sembrata abilitarli a donozioni maseherate* » *a a simulazioni a danno dei creditori.* » *Nondimeno questo pericola non è sufficiente per stabilire una incapacità affatta* » *eccezianale. — Quando un otto si presenta* » *sotta le farme di una vendita, per dichiarare la nullità del medesimo si richiede qualche cosa di più che la mera* » *possibilità di un vantaggio indiretto. Si* » *potranna perciò ammettere le prove, ma* » *diehiarare in principio ehe un eontratto* » *deve ritenersi come simulato, indipendentemente dagli aecidenti che vi sono annessi* » *importa un sistema di eccessiva diffidenza. — Se uno dei coniugi nan è in grado di comprare o l'altro nella necessità* » *di vendere; se esiste una differenza notabile tra il valore della cosa ed il prezza* » *attribuito alla medesima, se la vendita è* » *fatta da quel coniuge che già trovasi, o* » *puà trovarsi espasta all'aziane dei creditori; ollora vi sanna indizi che faranno* » *scoprire la vera natura dell'atto, e l'autorità giudiziaria apprezzando le varie* » *circostanze che l'accompagnano, e ehe rie-* » *sce impossibile di definire astrattamente,* » *potrà sulla domanda degli interessati dichiarare la nullità del cantratto. Ma in* » *maneanza di prove a indizi, o di reclamo per parte degli interessati, la vendita* » *deve ritenersi reole e non finta e simulata. — Nulla di più ordinorio che si* » *trovino nella stessa famiglia due patrimani* » *l'una del marito, l'altro stradotale della* » *moglie. Le relazioni coniugali non devono* » *impedire che due patrimoni si avvantaggina reciproeamente mediante contrattazioni a titala oneroso, cosiechè gli utili* » *derivanti da ciascuno vengana tra essi permutati. Perchè dovrà il morito cercare un* » *estraneo compratore che gli imporrà eondizioni gravose con danno sua, e della* » *famiglia, mentre la moglie può offrirgli* » *condiziani più eque più oecettabili?* » (16)

(16) Relazione *sul progetta del Cod. eiv. pag. 63.*

1064. Ammesso pertanto, in massima, ehe la vendita e gli altri eontratti a titolo correspettivo non sono proibiti fra i coniugi, deve ammettersi del pari ehe sia loro permesso di eontrarro una società di commercio.

Ne si dica cho por eontrarre questa società occorre alla donna una autorizzaziono speciale, imperocchè il fatto stesso del contratto è l'argomento più convineente per presupporre il consenso ehe il marito necessariamente le aecorda di esercitare il commereio.

Ne si dica, ugualmente, che essendovi interessato il marito, egli non può prestare il consenso. — Qui non si tratta di *oppasiziane* di interessi, ma si tratta di interesse *uguale* ehe l'uno e l'altro eoniuge hanno nella società da contrarsi; quindi non è questo il caso di rieorrere alla autorizzazione suppletiva della giustizia. — Di più è da osservarsi eho il solo consenso del marito basta per abilitare la moglie all'esercizio del eommereio, e ehe questo consenso non deve essere supplito dalla giustizia se non quando il marito sia minore, assente, interdetto, o eondannato a più di un anno di carcere durante la espiazione della pena *(art. 7 cod. di comm.)*

1065. Ciò premesso, scendiamo ad esaminare la condizione giuridiea della moglie quando eserciti il eommercio per eonto e eommissione del marito; ed i diritti che a lei si spettano in caso di fallimento del medesimo.

A.

Esereizio del commercio per conta e eommissiane del marito.

1066. Se, per regola, la moglie non parteeipa alle prerogative ed alle obbligazioni del marito eho esercita il commercio, essa non vi parteeipa ugualmente quando prenda una parto attiva nella gestione di questo commercio — o ne ab-

bia la direzione esclusiva — o sia chiamata, per il regime della *comunione* di cui si è maritata, a profittare dei benefizi. Ciò resulta dalla disposizione dell'articolo 8 del codice di commercio » *essa* » *non è reputata commerciante se vende al* » *minuto le merci del traffico del marito,* » *ma soltanto quando esercita un commer-* » *cio separato.* »

1067. Come si rileva, la condizione richiesta onde la moglie debba reputarsi mercantessa pubblica si è che eserciti un commercio separato da quello del marito. — Il commercio deve essere *separato*, non importa però che sia *differente* purchè 1.° la donna agisca in proprio nome, e non qual mandatoria del marito; 2.° che il marito non possa dirigere gli atti della moglie, ne modificarli a seconda del suo interesse personale; 3.° che la *ragione sociale* delle *Case* respettive dei coniugi non sia la stessa (17).

Così, se la donna si maritasse sotto il regime della *comunione*, e senza stipulare che il commercio cui si dedicava anteriormente resterebbe sotto il suo *nome*, cesserebbe di essere commerciante perchè si presumerebbe avere conferito nella comunione la propria industria, che diverrebbe allora quella del marito (18).

Così, parimente la donna esercente abitualmente il commercio, ma sotto il nome ed in virtù della patente del marito, non potrebbe essere reputata mercantessa pubblica (19).

1068. È da osservarsi per altro che tutto dipende dalle circostanze, e spetta ai tribunali di decidere chi dei coniugi debba essere reputato commerciante avuto riguardo alla professione del marito, ed alla natura del commercio, specialmente quando i due coniugi fanno lo stesso commercio (20).

1069. Non può cader dubbio sulla facoltà nel marito di costituire mandataria la moglie per l'esercizio del di lui commercio, perchè se essa non può accettare mandato da un terzo senza esservi autorizzata *(art. 1743, Cod. civ.)*, può però validamente accettarlo dal marito in quanto chè il fatto stesso del mandato conferito equivale all'autorizzazione richiesta.

Ne vi è dubbio sulle conseguenze giuridiche del mandato concesso. La moglie obbliga pienamente il preponente, ma non obbliga se stessa (21).

1070. Il mandato del marito all'oggetto che la moglie diriga ed amministri il di lui commercio, non importa che sia constatato per scritto; può resultare ancora dai fatti. *L'abitualità* nella donna di prestare l'opera sua nel traffico del marito, la di lui tolleranza, possono somministrare altrettanti argomenti valevoli per concludere una approvazione tacita.

1071. La moglie preposta alla direzione ed amministrazione del commercio del marito, può senza una di lui autorizzazione per iscritto fare tutto quello che si rende necessario per il buon andamento del traffico che le è stato affidato; conseguentemente può anche vendere all'ingrosso le mercanzie, in quanto chè nella facoltà concessa di dirigere e di amministrare non è da ritenersi esclusa la vendita all'ingrosso (22). — Obbligherebbe

(17) *Pardessus. n.° 65.*
(18) *Idem.*
(19) *Bruxelles 4 Febr. 1809. Reyns.*
(20) *Pardessus n.° 65.*

(21) Le leggi Romane, per un favore tutto speciale al commercio, ammettevano che potessero essere preposte all'esercizio del medesimo ancora le donne, e ritenevano obbligatori per i *preponenti* gli impegni che le medesime avessero assunti.

« *Nam et plerique pueros puellasque taber-* « *nis praeponunt.*

Leg. 8 ff. de iustit action.

« *Parvi autem refert, qui exercet, mascu-* « *lus sit, an mulier.* » Leg. 1. § 16 ff. de *exercit.* act.

(22) *Poithiers 14. Mar 1823. Darbez c. Aubin.*

ancora il marito se per di lui interesse sottoscrivesse cambiali o biglietti all'ordine. (23).

Ma anche questa è questione di fatto apprezzabile dai tribunali secondo le circostanze, e spetterà ai medesimi lo esaminare se il marito ha conosciuto, se ha approvato gli atti della moglie, e se questa si è ingerita nel commercio abitualmente.

1072. È da avvertirsi per altro che intanto il marito è tenuto delle obbligazioni contratte dalla moglie in quanto hanno per causa il commercio al quale è stata preposta sia espressamente, sia tacitamente. Se le operazioni poste in essere sono fuori della sfera del commercio esercitato dal marito, i creditori non potrebbero *azionarlo* se non che provando che la moglie non ha ecceduto i limiti del mandato che le era stato conferito. Ciò è conforme ai principj » *il mandante » non è obbligato per quello che il mandatario avesse fatto oltre tali facoltà, se ciò » non è stato espressamente o tacitamente » ratificato.* » *(art.* 1752, *Cod. civ.).*

1073. Il marito che, come si è veduto, ha diritto di rivocare l'autorizzazione generale data alla moglie di disporre dei suoi beni, e di rivocare l'autorizzazione di esercitare il commercio, a maggior ragione deve avere il diritto di revocare il mandato che ad essa ha conferito di amministrare il di lui commercio.

Ma questa revoca non può essere opponibile ai terzi se non in quanto essi ne abbiano conoscenza *(art.* 1759, *Cod. civ.).* Quindi è che il marito che ritira a sua moglie il potere di rappresentarlo ha tutto l'interesse nel dare pubblicità a questo fatto, ed ancora ad informarne direttamente le persone colle quali egli è in relazioni commerciali.

(23) *Angers. 27. Fev. 1819. Belleure c. Rogeron.*

II.

Diritti della moglie nel fallimento del marito.

1074. Il fallimento del marito arreca ai diritti della moglie gravi modificazioni.

La legislazione commerciale portando una restrizione a questi diritti non ha avuto altro scopo che quello di favorire il commercio impedendo che con simulazioni e con frodi vengano meno quelle garanzie sulle quali si affidarono i creditori nelle loro operazioni col fallito.

1075. Queste modificazioni possono dividersi in due classi — in quelle che riguardano i beni ed i crediti della donna — in quelle che si riferiscono ai *vantaggi* creati a di lei favore dal contratto di matrimonio.

1076. Qualunque sia il *regime* sotto del quale la donna si è maritata, essa ha diritto, nel caso di fallimento del marito, di riprendere tutti i beni di cui giustifichi aver conservata la proprietà, inquantochè questi beni non possono essere la garanzia dei creditori del marito. Ma l'esercizio di questa azione di *ripresa* è sottoposto a condizioni di un rigore tutto particolare.

1077. Per stabilire la proprietà nella moglie a riguardo dei beni immobili la legge configura tre ipotesi; 1.° degli immobili che le appartenevano al tempo del suo matrimonio; 2.° di quelli pervenuti in lei per donazione o per successione testamentaria o legittima; 3.° di quelli da essa acquistati durante il matrimonio *(articolo* 671. 672*).*

1078. La moglie, dice l'articolo 671, riprende gli immobili dotali e non dotali » *che le appartenevano al tempo del » suo matrimonio,* » sia che questa proprietà resulti in lei dal contratto di ma trimonio, sia che resulti da altri titoli e documenti, poichè colle surriferite

espressioni non si prende di mira che la proprietà, senza riguardo ai modi ed ai mezzi di constatarla bastando che la prova sia concludente.

1079. Parimente, la moglie riprende gli immobili che le siano pervenuti per donazione testamentaria o legittima. Essa non deve fare altro che presentare i titoli relativi per ritenere conclusa la prova della sua proprietà.

È però da avvertirsi che la legge parlando di donazione intende parlare di donazione fatta alla donna da altri che dal marito, perchè le liberalità tra i coniugi, durante il matrimonio mentre non potrebbero avere valore alcuno tra essi *(art. 1054 cod. civ.)* tanto meno lo potrebbero avere a riguardo dei creditori del fallimento.

1080. La moglie riprende ugualmente i beni immobili che essa abbia acquistati in proprio nome e con danari provenienti dalla alienazione dei beni che le appartenevano al tempo del suo matrimonio, o dalle donazioni e successioni che in lei siano pervenuto durante lo stesso matrimonio.

Ma per intentare utilmente questa rivindicazione devono concorrere due condizioni — che nel contratto di acquisto sia fatta espressa dichiarazione che gli immobili vennero comprati coi danari ricavati dalle fatte alienazioni — e che la provenienza del danaro sia accertata da *inventario* o da altro atto che abbia *data certa (art. 672 cod. di comm.)*

1081. Nella mancanza di queste condizioni la persunzione legale si è che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano a quest'ultimo, o che siano stati pagati coi danari di lui, e ciò ancorchè fosse stata convenuta fra loro la comunione degli *utili (art. 673)*.

La ragione della presunzione sta nel sospetto che l'acquisto mascheri una donazione per parte del marito, ed è per questo che il citato articolo 673 prescrive che tali acquisti debbono essere riuniti alla *massa* del fallimento (24).

Ma questa presunzione come ogni altra, dovendo cedere alla prova contraria, la donna è sempre ammessa a questa prova *(art. 673 capov.)* Quindi, benchè il contratto di acquisto non contenga la richiesta dichiarazione d'*impiego*, potrà sempre la donna dimostrare con tutti i mezzi di prova permessi dalla legge che il danaro erogato nell'acquisto è quello che ritrasse dalle alienazioni degli immobili che le appartenevano al tempo del suo matrimonio, o che pervennero posteriormente in lei per donazione o per successione.

1082. Giustificata la proprietà, la moglie del fallito riprende i suoi beni immobili, ma è obbligata riceverli cogli oneri e le ipoteche di cui gli abbia lasciati gravare. È formale in proposito il disposto dell'Articolo 675 » *l'azione di ripresa » indicata negli articoli* 671 *e* 672 *non può » essere esercitata dalla moglie, se non col » carico dei debiti, e delle ipoteche di cui » fossero legalmente gravati i beni.* »

Non ostante il rigore di questo principio non potrebbe certamente negarsi alla donna, che fosse stata condannata o si fosse obbligata come mallevadrice del suo marito, e per un debito esclusivamente a carico del medesimo, di presentarsi nella *massa* del fallimento con gli stessi diritti competenti ad un mallevadoro che ha pagato il debito garantito (25).

1083. Il Codice di commercio porta

(24) Anche le leggi Romane ritenevano che gli acquisti fatti dalla moglie fossero fatti coi danari del marito « *Quintus Mucius ait cum « in controversiam venit unde ad mulierem « quid pervenerit et verius et honestius est « quodnon demonstratur unde habeat, existi- « mari a viro, aut qui in potestate ejus esset « ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis « quaestus gratia circa exorem hoc videtur « Quintus Mucius probasse.* » Leg. 51 ff. de donat. inter vir et uxor.

(25) Perdessus — *Cours. de droit commerc. n.° 123.*

dello modificazioni anche alla ipoteca legale competente alla donna per garanzia delle sue doti.

È certo per il disposto dell'art. 1969 del Codice civile — che la ipoteca legale della moglie se non è stata limitata a beni determinati nel contratto di matrimonio, ha luogo su tutti quelli che il marito possiede al momento in cui fu costituita la dote, — che relativamente alle somme dotali provenienti da successione o donazione, la ipoteca non ha luogo che dal giorno della apertura della successione o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto, su i beni posseduti dal marito in detto giorno.

L'articolo 677 del Codice di commercio stabilisce che « *se il marito era commerciante al tempo della celebrazione del matrimonio, o se non avendo allora altra determinata professione è divenuto commerciante nell'anno dopo la detta celebrazione l'ipoteca legale per la dote della moglie non si estende in nessun caso ai beni pervenuti durante il matrimonio al marito ad altro titolo che quello di successione o donazione.* »

Confrontando il disposto di questi due articoli ne risulta che mentre per il Codice civile la ipoteca legale per le somme dotali provenienti da successione o donazione colpisce tutti i beni posseduti dal marito al giorno della aperta successione o a quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto, per il Codice di commercio, al contrario, la ipoteca legale a garanzia di dette somme non può investire che i beni pervenuti nel marito a titolo di successione o di donazione. Dal che chiaramente rimangono esclusi i beni che il marito possa avere acquistati.

La ragione della differenza sta in questo, che i beni acquistati dal marito posteriormente al contratto di matrimonio si presumono acquistati con il denaro dei creditori, e questa considerazione non permette che la moglie abbia preferenza su di loro.

1084. Ma se la ipoteca legale non investe che i beni posseduti dal marito all'epoca del matrimonio, o respettivamente pervenuti in esso per successione o donazione, potrà per'altro investire i miglioramenti che tali beni possano avere subito?...

Se si dovesse stare alle disposizioni del Codice civile, la questione troverebbe la sua soluzione nell'articolo 1966 in quanto chè ivi si stabilisce che « *l'ipoteca si estende a tutti i miglioramenti ed anche alle costruzioni dell'immobile ipotecato.* »

Ma di fronte alla legge commerciale la risoluzione di questa questione non si presenta così facile e piana. Non bisogna, infatti, perder di vista, che tutte le operazioni poste in essere dal commerciante caduto in stato di fallimento devonsi ritenere fatte coi danari dei creditori. È questa la ragione che ha mosso il legislatore a modificare notabilmente i diritti della moglie, esigendo da lei una prova rigorosissima per ottenere la restituzione dei suoi beni dotali o *parafernali*.

Ciò essendo, pare a noi che debba procedersi con una distinzione. Un immobile può aumentare di valore, e conseguentemente subire un miglioramento, o per il fatto stesso della natura, come nel caso della *alluvione*, o per le vicende economiche dei tempi, o per la industria e per l'opera dell'uomo.

Nelle due prime ipotesi essendo l'aumento indipendente dai creditori non può certamente trovare applicazione la presunzione legale, che l'aumento stesso siasi operato con i loro mezzi pecuniari. Ma non è così quando l'immobile è stato migliorato per l'opera e la industria del fallito; la presunzione che i miglioramenti siano stati fatti con i danari dei creditori spiega tutta la sua forza.

Riteniamo quindi che la ipoteca legale della moglie investe i miglioramenti naturali o civili avvenuti nel fondo, ma che non si estende ai miglioramenti industriali.

1085. Altra notevole modificazione ai diritti della moglie del fallito concerne la rivendicazione degli effetti mobili, che la medesima asserisca appartenergli.

Il Codice civile in tema di comunione di beoi, dispone — che nella divisione della medesima i coniugi possono prelevare le cose mobili, provando con tutti i mezzi avere loro appartenuto prima della comunione, o essere loro devoluti durante la medesima a titolo di successione o donazione — che la moglie ed i suoi figli eredi possono valersi della prova testimoniale, qualora si tratti di cose ad essi devolute a titolo di successione o donazione, qualunque ne sia il valore — che la moglie o i suoi eredi possono anche ripetere il valore delle cose mobili spettanti ad essi, ed escluse dalla comunione, ma che non si trovassero più in natura al tempo della divisione, e possono in tal caso provare anche per notorietà il valore delle dette cose. *(art. 1445 Codice civile).*

Tutti questi vantaggi che compotono alla moglie del non commerciante, essa gli perde quando si tratta di fallimento.

La legge commerciale senza dare alcun valore al fatto del possesso, pone a carico della moglie la prova della proprietà degli oggetti che intende rivendicare; di più esige da lei una prova documentale od autentica. In mancanza di questa prova stabilisce — che tutti gli effetti mobili posseduti si dal marito come dalla moglie, spettano alla massa dei creditori, o ciò anche nel caso di comuniooe dogli utili — *(art. 674 3.° capov. cod. di comm.)*

Una unica eccezione a questa regola, se talo può chiamarsi, si è la facoltà accordata al giudice delegato di autorizzare i sindaci, sulla loro proposta o sulla istanza del fallito, a rimettere alla moglie le vesti e biancherie necessarie e convenienti al suo uso *(detto ort. 674).*

1086. In conformità dol principio surriferito il citato articolo 674 stabilisce che » *la moglie può riprendere in natura i » beni mobili si dotali come porafernali ri- » sultanti dal contratto di matrimonio o che » le sono pervenuti per donazione o succes- » sione, quando se ne provi l'identità con » inventario o con altro atto che abbia data » certa.* »

Due dunque sono le condizioni su cui deve aggirarsi la prova della proprietà degli effetti mobili — la *provenienza* — la *identità.*

Deve giustificarsi la *provenienza* o col contratto di matrimonio, o coi *titoli* in forza dei quali i mobili sono pervenuti nella moglie.

Deve provarsi la *identità* con inventario o con altro atto che abbia *data certa,* cioè nei modi determinati dal codice civile *(art. 1327)* o anche » *con le registra- » zioni di pubblici stabilimenti di società anonime o di quelle in accomandita per azioni (art. 694 2.° capov.)*

1087. Se i beni mobili della moglie furono venduti e col prezzo dei medesimi ne furono acquistati altri, o se per altra guisa furono convertiti in altri beni mobili o immobili, la moglie può esercitare la sua azione di *ripresa* purchè il *reimpiego* risulti da un atto avente data certa *(art. 674 1.° capov.)*

Ma se i mobili vennoro vonduti, ed il retratto fu eregato a benefizio del marito, potrà la moglie ripeterc il loro valore ?....

Certamente, quando e la vendita o la erogazione del prezzo a favore del marito possano giustificarsi con atti autentici, poichè non può esservi differenza, sia di fronte alla doooa, sia di fronte ai terzi, tra il caso di erogazione del prezzo nell'acquisto di altri mobili o immobili, o la erogazione in favoro del marito.

1088. Allorchè la moglie vuole esercitare la sua azione di ripresa in qualità di creditrice per avoro pagato debiti per il marito, milita stessa presunzione, cioè che abbia pagato con i danari del medesimo *(art. 676.)*

Ma essa può distruggere questa presunzione con una prova contraria. La legge le ne accorda la facoltà senza limitare i mezzi di questa prova; per cui è a ritenersi che possa giustificare il proprio credito non solo colla prova documentale, ma ancora con tutti gli altri mezzi permessi dalla legge negli affari meramente civili.

Quando però si tratti di prezzo di beni alienati dal marito durante il matrimonio cessa necessariamente di aver luogo la presunzione legale surriferita, e la moglie per ottenere il rimborso di questo suo credito deve essere ammessa al *passivo* del fallimento *(art. 676 capov.)*

1089. Fin qui dei beni dotali e parafernali della moglie. Dobbiamo ora esaminare i di lei diritti, quando il regime matrimoniale sia quello della *comunione*.

1090. Sono principi fondamentali di questo regime — che non vi può essere altra comunione fra i coniugi che quella degli *utili* — che l'effetto di questa comunione si è di rendere comuni tra loro gli acquisti fatti unitamente o separatamente durante la comunione, siano tali acquisti derivati dalla industria comune, o da risparmi fatti sui frutti o sulle entrate *(art. 1433, 1436 cod. civ.)*

Di fronte a tali principi non è da porsi in dubbio il diritto nella moglie di ottenere quanto le possa essere dovuto in forza delle convenzioni matrimoniali.

Il codice di commercio non contiene una disposizione particolare a questo riguardo, ma riconosce e sanziona in massima questo diritto allorchè dispone — che in mancanza di una prova speciale contraria si presume che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito ancorchè sia stata convenuta la comunione degli *utili* — che gli effetti mobili posseduti sì dal marito come dalla moglie, anche nel caso di comunione degli utili, spettano alla massa dei creditori *(art. 673, 674 3.° capov.)*

1091. Tutto quindi si riduce a vedere come la donna possa realizzare i diritti che siansi verificati a di lei favore in forza della comunione.

1092. Il marito solo è l'amministratore dei beni della comunione *(art. 1438 cod. civ.)*, ma è indubitato che egli perde questa amministrazione quando è dichiarato il suo fallimento *(art. 551 cod. di comm.)*, amministrazione che passa nei Sindaci del fallimento medesimo.

La moglie onde acquistare la facoltà di intervenire, per la conservazione dei suoi diritti, in tutti gli atti di amministrazione che i sindaci potessero fare, ed ancora di prendere essa stessa tutte le misure conservatorie, non ha altro mezzo che quello di formare immediamento una domanda in separazione di beni, domanda, d'altronde, autorizzata dal fatto del disordine degli affari del marito, fatto per il quale può in virtù degli articoli 1441 1442 del codice civile ottenere la separazione giudiziale dei beni, in forza della quale si opera lo scioglimento della comunione.

1093. Non è a dubitarsi che la domanda di separazione debba essere diretta contro il marito ed i sindaci congiuntamente: contro il marito, perchè interessa la potestà maritale; contro i sindaci perchè apporta delle gravi modificazioni alla fortuna del marito.

1094. La sola domanda di separazione di beni basta per conservare i diritti della moglie. Per conseguenza, non può essere fatta nessuna distribuzione di danaro in pregiudizio della donna che ha fatto conoscere ai sindaci la sua domanda in separazione di beni sia chiamandoli in causa, sia notificando loro semplicemente la sua domanda introduttiva della istanza.

1095. Ma a questo soltanto si limitano i diritti della moglie, senza potere agire direttamente contro i debitori, perchè ogni procedimento particolare è interdetto ai creditori di un fallito; essa deve attendere la liquidazione generale del fallimento e dietro quella ottenere la

quantità di *utili* che possano resultare a di lei favore.

1096. Finalmente una deroga ai principi generali concernenti i *vantaggi* stipulati a favore della donna nel contratto di matrimonio, si contiene nell'articolo 678 col quale si stabiiisce che » *se il marito era* » *commerciante al tempo della celebrazione* » *del matrimonio, o non avendo allora al-* » *tro professione è divenuto commerciante* » *nell'anno successivo, la moglie non può* » *esercitare nel fallimento veruno azione* » *per i vantaggi risultanti* o *suo favore dal* » *contratto di matrimonio parimente i creditori* » *non possono valersi dei vantaggi risultanti* » *dallo stesso contratto a favore del marito.*

Le donazioni, dunque, i lucri dotali e tutti gli altri vantaggi che siano stati stipulati nel contratto di matrimonio a favore della moglie cessano di avere un valore per loi quando il suo marito è caduto in fallimento. Essa non può, a questo riguardo esercitare azione veruna, comunque tali vantaggi fossero stati stipulati con reciprocità.

È anche questa una consegnenza del principio, che tutto ciò che appartiene al marito costituisce la garanzia dei suoi impegni commerciali a favore dei creditori, e che il suo patrimonio non può essere diminuito a loro danno con liberalità, sovente sospette, sebbene stipulate nel contratto di matrimonio.

Ciò è tanto vero che la legge non denega alla donna il diritto di ripetere i vantaggi stipulati a di lei favore, quando il marito all'epoca del matrimonio non essendo commerciante, esercitava però una professione, o sia divenuto commerciante soltanto nell'anno successivo.

1097. Se la moglie non può ripetère, pel fallimento del marito, quanto venne stipulato a di lei vantaggio nel contratto di matrimonio, i creditori non possono ugualmente valersi dei vantaggi risultanti dallo stesso contratto a favore del marito. È questo il solo equivalente che per reciprocità si accorda alia moglio.

1098. Le modificazioni ai diritti della moglie di cui abbiamo sin qui parlato sono applicabili tutte le volte che il marito commerciante cessa i suoi pagamenti, poichè è la cessazione dei pagamenti che costituisce lo stato di fallimento, non gia la sentenza del tribunale di commercio che lo dichiara *(art. 543 cod. di comm.)*

Ne consegue pertanto che un giudizio di esecuzione mobiliare o immobiliare iniziato ed ancora consumato a danno del marito commerciante non stabilirebbe il di lui fallimento quando, d'altronde, non vi fosse stata la cessazione dei pagamenti contemplata dalla legge, ne i diritti della moglie potrebbero in questo caso subire alcuna modificazione.

Ugualmente se un commerciante avesse goduto di tutto il suo credito fino alla sua morte, i creditori, qualunque fosse la insolventezza della sua successione, non potrebbero opporsi a che la moglie esercitasse tutti i diritti che ella può pretendere dietro la legislazione civile (25), perchè non essendovi stata cessazione di pagamenti, non potrebbero i creditori stessi farne dichiarare il fallimento entro l'anno dalla di lui morte, come in caso contrario, ne avrebbero il diritto a norma dell'articolo 543 del Codice di commercio.

1099. Il *concordato* consentito tra i creditori ed il fallito non toglie le restrizioni portate dalla legge ai diritti della moglie. Il concordato, infatti, benchè ristabilisca il fallito alla testa dei suoi affari, non annienta però retroattivamente la esistenza del fallimonto. — La moglie del fallito che vota il concordato decade dalla sua ipoteca legale *(art. 619)*, ma però conserva il diritto di riprendere tutti gli effetti di cui è proprietaria, e dei quali il marito aveva il godimento e l'amministrazione. (26)

1100. Le restrizioni ai diritti della mo-

(25) *Cubain n.° 653. Pardessus n.° 1225.*
(26) *Cubain. Idem.*

glie non hanno effetto che a riguardo dei creditori. Quindi se il marito ristabilisce la sua fortuna, la moglie può esercitare contro il medesimo la integrità dei propri diritti. (27)

1101. Per ultimo avvertiremo che la moglie la quale scientemente avesse distratto o ricettato valori ed oggetti appartenenti al fallimento, senza avere operato di complicità col marito, sarebbè punita colla pena del furto, e l'autorità giudiziaria, nel pronunziare la sentenza, aucorchè assolutoria, dovrebbe ordinare: 1.° la reintegrazione, ove ne sia il caso, presso la massa dei creditori dei beni, valori, ed oggetti sottratti. 2.° il risarcimento dei danni che già risultassero, fissandone con la stessa sentenza l'ammontare, salvo sempre il risarcimento dei danni maggiori che fossero accertati. *(articoli 707, 708, Cod. di Comm.).*

TITOLO QUARTO.

—

Del contratto di matrimonio.

1102. Abbiamo già parlato del matrimonio sotto il rapporto delle sue solennità e dei diritti e doveri che esso stabilisce fra i coniugi; dobbiamo ora considerarlo relativamente alle condizioni civili concernenti i beni che gli sposi possiedono al momento che lo contraggono, o che possono acquistare in seguito.

1103. Tre sono i *sistemi* matrimoniali contemplati dal nostro Codice civile — il regime dotale — quello della comunione — il regime della separazione dei beni.

1104. Se si dovesse, razionalmente, stabilire quale di questi regimi meglio corrisponda alla intima unione che si forma fra i coniugi, potremmo francamente rispondere essere quello della comunione, perchè la indissolubilità del vincolo matrimoniale, la comunanza della vita, la reciproca assistenza che i coniugi devono prestarsi, l'obbligo che respettivamente loro incombe di mantenere ed educare la prole, tutto porta ad ammettere che alla società delle persone si aggiunga quella dei beni.

1105. Ma se si volesse giustificare, storicamente, la preferenza da accordarsi all'uno piuttostochè all'altro di questi *sistemi*, ciò riuscirebbe impossibile stante la varietà dello disposizioni legislative e degli usi dei diversi popoli che più o meno si sono allontanati dal diritto razionale.

1106. Vi è stato, almeno per una parte considerevole della umanità, un primo periodo di disordine, di *caos* morale, ove le sante leggi della famiglia erano sconosciute, ed ove la donna, libera da qualunque legame, si trovava al tempo stesso nella più completa indipendenza e nella più vergognosa abiezione.

Passando dallo stato selvaggio allo stato patriarcale la condiziono della donna ha subito una trasformazione completa. Entrando nella famiglia ha nello stesso tempo abdicato alla sua indipendenza e riconquistato la sua dignità morale.

Il padre di famiglia ora il legislatore, il giudice, il sacerdote, e le sue donne, i suoi figli, i suoi schiavi erano nella stessa condizione perchè tutti senza diritto avanti di lui. (1)

1107. Il popolo Romano conservò più lungamente nelle sue sue leggi la impronta di questa primitiva organizzazione della famiglia.

Nell'antico diritto troviamo, infatti, due opposti sistemi. — Se il matrimonio aveva luogo colla *conventio in manu*, tutti i beni della moglie passavano con essa in proprietà del marito; se mancava la *conventio in manu*, la moglie, non passando in

(27) *Cubain Ib.*

(1) Paul Gide — *Etude sur la condition de la femme, pag. 27.*

potestà del marito, riteneva la libera disponibilità dei suoi beni. (2)

Ma accanto a questo secondo sistema sorse l'uso delle *Doti*, uso che prevalse e si generalizzò non tanto perchè tal regime non faceva passare in *manum mariti* le donne, naturalmente gelose della loro indipendenza, quanto perchè i mariti vi trovavano il loro conto facendosi dare delle doti considerevoli. (3)

1108. Si cominciò allora a circondare di esorbitanti protezioni i beni della donna maritata. — Fu proibita sotto Augusto la ipoteca del fondo dotale, e ai tempi di Giustiniano si venne a proclamare l'assoluta inalienabilità della dote, ed a gravare, per garanzia della medesima, di una ipoteca legale i beni del marito.

» *Il principale carattere* (dice l'illustre » Pisanelli) *fù la inalienabilità, sotto qua-* » *lunque forma, in qualunque modo, e Giu-* » *stiniano accolse questo principio con tutte* » *le sue esagerazioni. È necessario di sal-* » *vare la dote anche contro l'onore, ed il* » *benessere della famiglia, a danno dei terzi* » *traditi nella loro buona fede, con grave* » *pregiudizio del commercio fondiario in-* » *ceppato dalla inalienabilità, da ipoteche* » *generali che retroagiscono; l'interesse dello* » *Stato lo richiede. L'impero va rovinando* » *sotto i colpi dei barbari che vi irrompo-* » *no; fa d'uopo che la moglie dopo il di-* » *vorzio, o la morte del marito, ritrovi in-* » *tegra la sua dote per rimaritarsi e dare* » *altri figli alla patria.* — Republicae interest mulieres dotes salvas habere, » propter quas nubere possint. — *Pensie-* » *ro funesto, inspirato dalla diffidenza e* » *dallo scoraggimento di una società decre-* » *pita, che non crede più ad alcun progresso,* » *troppo fortunata se riesce a conservare* » *ciò che possiede.* (4)

1109. L'origine della *comunione dei beni* è antichissima. Rimonta forse a quei primi tempi della civilizzazione in cui il matrimonio, senza avere ancora un carattere legale, era di già una società di affezioni, e di interessi, una comunione di tutti gli affari della vita. Ne troviamo esempi nelle leggi degli antichi popoli Germanici, leggi che somministrarono il tipo del regimo della comunione che si costituì e diventò il diritto consuetudinario di varie province della Francia. (5)

1110. Il codice Napoleone, mantenendo il sistema consuetudinario della *comunione legale*, lo adottò come *diritto comune*, ma in pari tempo autorizzò ancora il regime *dotale*, però con profonde modificazioni.

1111. Quando per le conquiste napoleoniche la legislazione Francese spiegò il suo impero in Italia, il sistema della *comunione* non vi prese radice, ed è certo che se talvolta la comunione produsse i suoi effetti, ciò avvenne o perchè non e-

(2) All'oggetto che la moglie passasse in *manum mariti* occorreva l'adempimento di riti e formalità. Tali erano la *confarreazione*, la *coemzione*, e la prescrizione o l'uso (*usus*). La *confarreazione* era un genere di sacrifizio, durante il quale gli sposi mangiavano una focaccia o pane di frumento in segno di unione. — La *coemzione* era una vendita immaginaria per la quale il marito era reputato comprare la moglie, e la moglie il marito — L'uso o la prescrizione era un mezzo per il quale il marito si reputava avere acquistato sua moglie per prescrizione. Questa prescrizione stabilita dalla legge delle dodici *Tavole* rimase abolita tanto per leggi posteriori, quanto per desuetudine. La *confarreazione* divenne talmente rara, che ai tempi di Tacito si lamentava la difficoltà di trovare dei figli nati da un matrimonio celebrato in cotal modo. — (*Toullier. Tit. 5 du contrat. de mariage n.° 1.*

(3) *Toullier. n.° 4.*

(4) *Relazione sul progetto del Codice Civile pag. 56.*

(5) La legge dei Sassoni (*Tit. 8. de acquisitis*) accordava alla moglie la metà di ciò che era stato acquistato durante il matrimonio — « *De eo quod vir et mulier simul acquisierint* « *mulier mediam partem accipiat.* »

— La *Legge* dei Ripuari (*tit. 38 n.° 2*) le accordava il terzo.

ravi stato contratto di matrimonio, o per inavvertenza dei contraenti. (6)

1112. Niuno dei Codici già vigenti in Italia seguì il sistema del codice Francese. Per questi codici, il sistema legale, quello che formava il diritto comune era il regime *dotale*, e solo alcuni dei codici stessi ammettevano che potesse stipularsi la comunione dei beni. (7)

1113. Il nostro Codice civile non impone alcun sistema alla società coniugale, lasciando che le parti le diano quella forma e quelle norme che meglio stimano, nei limiti, bene inteso, comuni a tutte le altre convenzioni. Qualora poi non vi siano patti nuziali ciascuno degli sposi conserva, in quanto ai suoi beni quelle facoltà che la legge concede a tutti. Per tal modo è chiaramente escluso, nel silenzio delle parti, ogni concetto di comunione o altro sistema qualunque (8).

Ha modificato però il principio esagerato della inalienabilità della dote disponendo che la medesima possa essere alienata ed ipotecata, quando nel contratto di matrimonio ne fu permessa l'alienazione e l'ipoteca, o quando concorra la necessità o la utilità evidente da riconoscersi dalla autorità giudiziaria *(art. 1404, 1405.)*

Ha modificato inoltre il sistema della *comunione* non permettendo agli sposi di contrarre altra comunione universale dei beni che quella degli utili. *(art. 1433.)*

1114. Dietro tali avvertenze scendiamo ad esaminare questi diversi *regimi* matrimoniali.

SEZIONE PRIMA

—

Delle convenzioni matrimoniali.

CAPITOLO PRIMO

—

Della promessa di matrimonio.

SOMMARIO

1115. 1116. Promessa di matrimonio — Disposizioni del diritto Romano.
1117. Codici Italiani.
1118. 1119. Disposizioni del nostro Codice.
1120. Risarcimento delle spese.
1121. Per conseguirle, la promessa deve essere fatta per atto pubblico o per scrittura privata.
1122 1123. Se sia valida la promessa fatta da persone che non abbiano la età per contrarre matrimonio.
1124. Senza un giusto motivo non può reclamarsi il risarcimento delle spese.
1125. Cosa si comprende in tale risarcimento.
1126. 1127. 1128. Se la parte inadempiente possa ripetere i doni nuziali.
1129. 1130. Inammissibilità della domanda.

1115. Prima di esporre i principi generali stabiliti dal Codice relativamente alle convenzioni matrimoniali, crediamo opportuno parlare brevemente della *promessa di matrimonio* inquantochè rientra anche essa nell'ordine di tali convenzioni.

1116. Per il diritto Romano la *promessa* di matrimonio non produceva l'obbligo di contrarlo, e solo conferiva un'azione ai danni-interessi contro la parte inadempiente. (9)

---

(6) *Detta Relazione pag. 57.*

(7) Codice delle due Sicilie art. 1395. « *Non* « *è vietato agli sposi di convenire una società* « *o comunione di beni. Questa non si presumerà, ma dovrà espressamente stipularsi* « *spiegando di volersi sottoporre al regime della comunione* ».

— Codice di Parma art. 1319. « *La legge* « *non induce comunione di beni tra i coniugi,* « *essa protegge le convenzioni che loro piace di* « *stipulare purchè non discordino dai buoni* « *costumi e siano conformi alle seguenti regole.* »

— Codice Sardo art. 1573. « *Non è per*« *messo agli sposi di contrarre altra comunio*« *ne dei beni fuorichè quella degli utili; questa* « *comunione potrà essere pattuita quantunque* « *vi sia costituzione dotale. — Tale conven*« *zione deve essere fatta nel contratto di ma*« *trimonio.* »

(8) *Process. verbal della commis coord. del cod. civ. pag. 420.*

(9) Pothier — *Pandette lib. 23. tit. 1. art. 1. num 1.*

1117. La maggior parte dei Codici Italiani accolsero il principio del diritto Romano, disponendo che la promessa di unirsi in matrimonio non produceva obbligazione legale di contrarlo, e solo dava diritto al risarcimento dei danni. (10)

1118. Il nostro Codice civile stabilisce che " *la promessa scambievole di futuro* " *matrimonio non produce obbligazione le-* " *gale di contrarlo, ne di eseguire ciò che* " *si fosse convenuto pel caso di non adempi-* " *mento della medesima — Se la promessa* " *fu fatta per atto pubblico o per scrittura* " *privata da chi sia maggiore di età, o dal* " *minore autorizzato dalle persone il con-* " *corso delle quali è necessario per la cele-* " *brazione del matrimonio, oppure consta* " *dalle pubblicazioni ordinate dall' ufficiale* " *dello stato civile, il promettente che ricusi* " *di eseguirla senza giusto motivo è obbli-* " *gato a risarcire l'altra parte delle spese* " *fatte per causa del promesso matrimonio,* " *(art. 53, 54).* "

1119. Due cose sostanziali si contengono in queste disposizioni — che la promessa del matrimonio non vincola le parti a contrarlo, — che non le vincola ugualmente ad eseguire ciò che si fossê convenuto pel caso di inadempimento.

Ne consegue pertanto che tutto ciò che è stato dato a titolo di *caparra*, di *pegno* o simili, qualunque condizione penalo sia stata pattuita, tutto rimane senza valore ed effetto; quindi mentre la parte inadempiente ha diritto di ripetere ciò che abbia dato per questo titolo, non può, respettivamente, l'altra parte reclamare quanto sia stato stipulato a di lei favore per il caso di inadempimento.

La disposizione dell'art. 53. è così chiara e precisa, che non si potrebbe, senza violarla, ammettere una interpretazione diversa. — La mente del legislatore è stata certamente quella di garantire maggiormente la libertà del consenso fino a che il matrimonio non sia celebrato, ed in questo concetto, ha creduto potersi allontanare dai principj così razionali del diritto Romano, per i quali era stabilito — che la parte perdeva le caparre che avesse date se, per colpa sua, mancava di adempiere all'impegno assunto — che se questo accadeva per colpa della parte che le aveva ricevute, questa era obbligata a restituire il doppio — che se l'inadempimento era indipendente dalla colpa e volontà delle parti, le caparre venivano restituite puramente e semplicemente senza veruno aumento. (11)

1120. L'unico effetto, di fronte al nostro Codice, che produce la promessa di matrimonio si è, di sottoporre l'inadempiente al risarcimento delle spese. Ma per ottenere ciò devono concorrere le seguenti condizioni: 1.° Che la promessa sia stata fatta per atto pubblico o per scrittura privata. 2.° Che i contraenti siano maggiori di età, o se minori siano stati autorizzati dalle persone il consenso delle quali è necessario per la celebrazione del matrimonio. 3.° Che il promottente ricusi di eseguire la promessa senza giusto motivo.

1121. La *promessa* deve essere fatta per atto pubblico o per scrittura privata: fatta in altro modo non ha nessuna efficacia.

È vero che per i principi di ragione comune basta il solo consenso per costituire gli *sponsali*, ed ancora un consenso tacito (12); ma in cosa di tanta importanza quale è il matrimonio si rendeva necessario, sia pure agli effetti puramente pecuniari, che la promessa resultasse da un atto autentico, onde ovitare le questioni che facilmente potrebbero sorgere ove la convenzione fosse semplicemente verbale, o dovesse desumersi la prova del

(10) Vedi — *Codice Austriaco art. 45. 46.* — *Codice delle due Sicilie art. 148. 149.* — *Codice Sardo art. 106. 107.*

(11) *Leg. 3. leg. 5. § 1. Cod. de sponsalib.*

(12) *Leg. 4. ff. de spons. « Sufficit nudus « consensus ad constituenda sponsalia. »* — *Leg. 12 eod. « Sed. quae patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur. »*

consenso delle persone aventi diritto di autorizzare il minore dalle presunzioni, dagli indizi, e dalle congetture.

1122. Resulta dall'articolo 54 che allorquando ambidue o uno dei contraenti sono in età minore non può parlarsi di refezione di spese, se all'atto non concorse il consenso di coloro che avevano il diritto di autorizzarli.

Ma la promessa di matrimonio produrrà questo medesimo effetto quando coloro che la contraggono non abbiano raggiunta la età richiesta per contrarre matrimonio?....

1123. Per il diritto Romano potevano contrarre gli *sponsali* anche gli impuberi, purchè avessero compiti almeno gli anni sette. (13)

Il Codice niente stabilisce a questo riguardo; ma se si deve argomentare dalla disposizione dell'articolo 54 incliniamo a ritenere che la promessa possa validamente porsi in essere anche da coloro che non abbiano raggiunta la età per contrarre matrimonio. Quell'*articolo*, infatti, non fa distinzione di gradi o periodi di età, ma parla in genere di *minori*, lo che include necessariamente tutti coloro che non abbiano compita l'età degli anni ventuno. — Di più nella promessa di matrimonio tutto si riduce ad un interesse pecuniario, al risarcimento cioè delle spese, poichè la promessa per se stessa non produce la obbligazione di eseguirla. Ora come i genitori possono contrattare per i loro figli minori, ugualmentechè i tutori per i loro pupilli, così non può essere impedito che, dietro l'autorizzazione delle persone cui sono soggetti, anche i minori degli anni diciotto se maschi, o degli anni quindici se femmine, possano validamente stipulare una promessa di matrimonio.

(13) *Leg. 14. ff. de sponsalib.* « *In sponsalibus aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis: quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt; si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est si non sint minores quam septem annis.* »

1124. L'ultima condizione richiesta dalla legge onde possa aver luogo il risarcimento delle spese si è che il promettente ricusi di eseguire la promessa « *senza giusto motivo.* »

Il rifiuto non deve essere capriccioso; deve avere una causa congrua, proporzionata e tale da frapporre un ostacolo, sia pure morale, all'adempimento dell'impegno assunto. — Per esempio, se la sposa si fosse data al mal costume; se le fosse sopravvenuta una malattia, che l'avesse deformata o resa inabile al fine del matrimonio; se fosse stata rapita benchè essa non avesse consentito al suo ratto, sarebbero queste cause più che sufficienti per giustificare il rifiuto dello sposo di eseguire la fatta promessa, e per esonerarlo da qualunque refezione di spese. — Ugualmente un rovescio di fortuna cui fosse andato incontro lo sposo, o che lo inabilitasse realmente a sopportare gli oneri e le spese che porta seco il matrimonio; una infermità che lo impedisse di provvedere col suo lavoro, alla propria sussistenza sarebbero anche queste cause proporzionate per esimerlo da qualunque obbligazione. (14)

1125. Generalmente l'inadempimento di una obbligazione porta alla conseguenza del risarcimento del danno *(art. 1218)*, che nella sua generalità comprende tanto il danno positivo *(damnum emergens)* quanto il danno negativo *(lucrum cessans)* o come dice l'Articolo 1227, « *la perdita sofferta, ed il guadagno perduto.* »

L'articolo 54 stabilisce invece che il rifiuto di eseguire la promessa di matrimonio produce l'obbligo della refezione delle spese.

Come ben si rileva questo Articolo non comprende nel *risarcimento* che uno degli elementi del danno, il danno cioè *positivo* o la *perdita* sofferta, che specifica sotto il nome di *spese*, e delle quali determina il

(14) Pothier — *Traité du mariage num. 58.*

limite » *fatte per causa del promesso ma-* » *trimonio.* »

Dal che ne consegue che di qualunque natura siano queste spese, qualunque ne sia la entità, esse devono essere risarcite purchè siano state incontrate per causa del promesso matrimonio. La disposizione della legge è troppo chiara e formale per poterne dubitare: d'altronde è certo che nella parola generica *spese* vengono comprese non solo le spese *necessarie* ma ancora le *utili* e le voluttuarie. (15)

1126. Le promesse di matrimonio sogliono comunemente essere accompagnate da doni che lo sposo fa alla sposa o viceversa. La parte inadempiente potrà ripetere ciò che dette a questo titolo?...

1127. Secondo il diritto Romano prima di Costantino, tali donazioni si reputavano pure e semplici, nè si revocavano quando il matrimonio non si effettuava, a meno chè non vi fossero circostanze che facessero presumere la condizione » *si* » *nuptiae sequantur.* » (16) — Per le costituzioni però di Costantino quando il matrimonio non si effettuava si faceva luogo alla ripetizione delle cose donate, salvochè » *si jam osculum intervenerit* » poichè allora la sposa riteneva la metà di ciò che le era stato donato. (17)

1128. Il nostro Codice ha tolto di mezzo ogni questione disponendo ricisamente che » *qualunque donazione fatta in* » *riguardo di futuro matrimonio è senza* » *effetto, se il matrimonio non segue.* » *(articolo* 1068*)*.

1129. Nella promessa di matrimonio può essere stato stabilito un termine entro il quale il matrimonio stesso debba celebrarsi. — Se le parti hanno lasciato decorrere un anno dal giorno in cui la promessa doveva essere eseguita, senza richiederne l'adempimento, qualunque domanda che si volesse fare successivamente sarebbe inammissibile *(art* 54*)*, inquantochè col lasciar trascorrere non solo il termine pattuito, ma ancora quello determinato dalla legge, è razionale e giusto il ritenere che per mutuo consenso, comunque tacito, abbiano desistito dall'impegno che avevano assunto.

1130. Se, al contrario, non fosse stato fissato alcun termine, non sarebbe certamente applicabile il disposto dell'articolo 54, e dovrebbe farsi ricorso ai principj generali per i quali è stabilito — che quando non è apposto un termine la obbligazione deve eseguirsi subito — che se nella convenzione non è stabilito alcun termine, il debitore non è costituito in mora che mediante una intimazione o altro atto equivalente *(art.* 1173, 1223 2.° *capoverso)* (18).

(15) *Leg. 79 ff de verbor. signif.*

(16) *Leg. 10 Cod. de donat. ant. nupt.*

(17) *Leg. 16 Cod. eod.* « *Si a sponso rebus* « *sponsae donatis interveniente osculo ante nu-* « *ptias hunc, vel illam mori contingerit, dimi-* « *diam partem rerum donatarum ad super-* « *stitem pertinere praecipimus, dimidiam ad* « *defuncti vel defunctae haeredes cuiuslibet* « *gradus sint, et quocunque jure successe-* « *rint: ut donatio stare pro parte dimidia, et* « *resolvi pro parte dimidia videatur. Osculo* « *vero non interveniente, sive sponsa obierit,* « *totam infirmari donationem, et donatori spon-* « *so vel heredibus ejus restitui.* «

(18) Per le leggi Romane quando non era stato prefinito alcun termine, e le parti dimoravano nella stessa provincia, la promessa sposa poteva impunemente maritarsi con un altro dopo il termine di due anni. — *Leg. 2 Cod. de sponsalib.*

CAPITOLO SECONDO

—

Disposizioni generali relativamente alle convenzioni.

SOMMARIO

1131. Necessità di accordare la maggior libertà nelle convenzioni matrimoniali.
1132. 1133. Limiti imposti dalla legge.
1134. Non può derogarsi ai diritti personali conferiti ai coniugi.
1135. 1136. — Nè ai diritti che, sebbene pecuniari, rientrano negli attributi della potestà maritale o della potestà paterna.
1137. Se nel contratto di matrimonio possa lo sposo accordare alla sposa l' autorizzazione in genere a disporre dei propri beni.
1138. Patti e convenzioni concernenti l' ordine delle successioni.
1139. 1140. Ragione della proibizione dell' articolo 1381.
1141. 1142. Le convenzioni devono stipularsi prima della celebrazione del matrimonio.
1143. 1144. 1145. Possono mutarsi.
1146. 1147. 1148. 1149. 1150. Cosa si intenda per mutazioni e controdichiarazioni.
1151. 1152. 1153. 1154. 1155. Cosa si richieda per la loro validità.
1156. Capacità dei minori a prestare il consenso per tutte le stipulazioni che possono farsi nel contratto di matrimonio.

1131. Se è vero, come non può dubitarsi, che è nell' interesse della società lo incoraggiare e favorire i matrimoni, è una conseguenza logica e necessaria lo ammettere che gli sposi abbiano piena libertà di stabilire quei patti e quelle convenzioni che più reputino conformi al loro interesse.

L'uomo, libero ed indipendente per sua natura, rifugge da tutto ciò che può vincolare la sua libertà. Si imponga alla società coniugale il regime della comunione, o il regime dotale, o non si farà altro che frapporre degli ostacoli alla effettuazione di matrimoni che, altrimenti, si sarebbero contratti. Come potrebbe, infatti, obbligarsi lo sposo a porre in comune non solo i propri beni, ma ancora il frutto del suo lavoro e della sua industria, per dividerlo forse un giorno cogli eredi della moglie?... Come potrebbe obbligarsi la donna a costituirsi in dote i propri beni, e perdere così l'amministrazione ed il godimento dei medesimi?... — La libertà dunque delle convenzioni matrimoniali è fondata sopra un interesse di ordine pubblico. Ma questa libertà non deve trasmodare in abuso. Vi sono dei diritti, vi sono degli obblighi ai quali non si potrebbe derogare senza distruggere la essenza e gli effetti del matrimonio.

Quindi è che accanto al principio della maggior libertà nelle convenzioni nuziali sorge quello della necessità di tutelare e garantire il contratto di matrimonio, impedendo che le convenzioni stesse ne paralizzino il fine che la società si ripromette.

1132. Questi principj resultano con tutta evidenza dalla disposizione laconica, è vero, ma chiara e precisa dell'art. 1378, » *la società coniugale relativamente ai beni* » *è regolata dalle convenzioni delle parti, e* » *dalla legge.* »

Libertà piena ed assoluta di stabilire quelle convenzioni che le parti credono a loro più utili, purchè non siano riprovate dalla legge nell' interesse dei buoni costumi e dell'ordine pubblico.

Non bisogna, pertanto, domandare se è permesso di inserire una tal clausula o condizione in un contratto di matrimonio, ma piuttosto se è proibito, dovendosi in questa materia applicare in tutta la sua estensione la regola, che ciò che non è proibito dalla legge è permesso.

1133. Gli articoli 1379, 1380, 1381, contengono esplicitamente queste modificazioni alla libertà delle convenzioni matrimoniali, per cui non faremo che esaminarne specialmente la relativa disposizione.

» 1134. *Gli sposi* (così l'art. 1379) *non* » *possono derogare nè ai diritti che appar-* » *tengono al capo della famiglia, nè a quelli* » *che vengono dalla legge attribuiti all' uno*

» o *all'altro coniuge, nè alle disposizioni* » *proibitive contenute in questo Codice.* »

Per apprezzare nel suo giusto valore la disposizione contenuta in questo articolo fa d'uopo distinguere i principi che attengono all'ordine pubblico o regolano le persone, da quelli che non si riferiscono che agli interessi pecuniari degli sposi.

Il matrimonio impone ai coniugi la obbligazione reciproca della coabitazione, della fedeltà e della assistenza *(art.* 130*)* — attribuisce loro la patria potestà sui figli *(art.* 220*)*, — conferisce al marito la supremazia nella famiglia, *(art.* 131 134*)*.

Sono questi diritti personali, inalienabili, di cui la legge non può nè deve permettere la deroga per delle stipulazioni generali o speciali. È a questi diritti appunto che si riferisce il nostro art. 1379.

Così sarebbe di niuno effetto, perchè contraria al buon costume ed al fine del matrimonio, la convenzione che avesse per oggetto di dispensare i coniugi dall'adempimento dell'obbligo della coabitazione, della fedeltà o della assistenza.

Sarebbe di niuno effetto, comechè contraria all'ordine pubblico, la convenzione diretta a togliere al marito la supremazia che la legge gli accorda nella famiglia sia riguardo alla persona ed ai beni della moglie, sia riguardo ai figli, per trasferire questi diritti nella moglie stessa, onde rendere la medesima libera ed indipendente.

Sarebbe egualmente di niuno effetto la renunzia che facesse la sposa al diritto di esercitare la patria potestà su'i figli nel caso di sopravvivenza al marito.

1135. Ma vi sono dei diritti che, sebbene relativi ad interessi pecuniari, rientrano necessariamente e fanno parte degli attributi della potestà maritale o della potestà paterna.

Adottato, per esempio, il regime della comunione, la legge conferisce l' amministrazione della medesima esclusivamente al marito *(art.* 1438*)*. Non si potrebbe quindi colle convenzioni matrimoniali trasferire questa amministrazione nella moglie, perchè questo diritto di amministrare essendo uno degli attributi della potestà maritale, è incessibile ed inalienabile alla pari degli altri. — Il marito deve esercitare la propria autorità tale quale gli è conferita dalla legge senza potervi in modo alcuno renunziare per trasferire in altri veruno dei suoi attributi.

1136. L'usufrutto legale sopra i beni dei figli che è deferito al padre, e nella sua mancanza o nella impossibilità di esercitare la patria potestà, alla madre, è un diritto che apparentemente si riferisce ad un interesse pecuniario anzichè ad una disposizione di diritto pubblico. Ciò non ostante è certo che questo usufrutto costituisce uno degli attributi della patria potestà, e come tale non può formare subietto di contrattazione o di renunzia per parte dello sposo o della sposa. La proibizione rientra necessariamente nella disposizione dell' articolo 1379 » *gli sposi* » *non possono derogare ai diritti.... che ven-* » *gono dalla legge attribuiti all'uno o all'al-* » *tro coniuge.* »

1137. Abbiamo già parlato *(n.°* 952*)* della facoltà accordata al marito dall'articolo 134 di autorizzare in genere la moglie per tutti o per alcuno degli atti che la medesima non può validamente porre in essere senza il di lui consenso. Ora questa autorizzazione generale, preventiva, potrà concedersi nel contratto di matrimonio?....

Pare a noi che tale convenzione non possa trovare ostacolo nelle disposizioni proibitive della legge. Non si tratta della rinunzia assoluta di un diritto della autorità maritale; si tratta di prestare un consenso in prevenzione, di costituire la sposa qual mandatoria dello sposo, e niente altro. Ognorachè, infatti, l'autorizzazione generale può essere rivocata, niun pregiudizio, niun danno viene a risentirne l'autorità del marito, poichè dipende esclusivamente dalla di lui volontà di far

cessare, ad ogni momento, mediante la revoca, il mandato che ha conferito.

Altro però sarebbe a dirsi se, concedendo tale autorizzazione, lo sposo renunziasse al diritto di revocarla; la renunzia sarebbe di niuno effetto — perchè si renderebbe alienabile ciò che per legge non lo è — perchè si renderebbe alla sposa quella capacità ad obbligarsi che la legge le rifiuta — perchè si verrebbe a derogare ad una disposizione di ordine pubblico quale si è quella che la moglie non possa obbligarsi senza l'autorizzazione del marito » *privatorum pactis non potest immutari jus publicum.* » (Leg. 38 ff. de pact.)

Concludiamo pertanto che non è impedito di concedere alla donna, nel contratto di matrimonio, l'autorizzazione generale ad obbligarsi, ma che lo sposo non può in modo alcuno renunziare al diritto di revocare la concessa autorizzazione.

1138. Le leggi Romane stabilivano, per regola generale, che non potesse farsi verun patto o stipulazione circa la successione futura di una terza persona determinata e tuttora vivente (19), ed in tema di contratto di matrimonio dichiaravano nullo ed invalido il patto col quale la sposa, chiamandosi contenta della dote ricevuta avesse renunziato alla eredità paterna (20).

Questo principio fu accolto dal Codice Francese *(art.* 1389*)* prescrivendosi che non potesse farsi dagli sposi alcuna convenzione o rinunzia tendente ad immutare l'ordine legale delle successioni tanto riguardo ad essi medesimi nella successione dei loro figli e discendenti, quanto rapporto ai figli fra loro.

(19) *Leg. 29 § ult. — Leg. 30 ff. de donat.*
(20) Leg. 3 Cod. de collat.
« *Pactum dotali instrumento comprehensum « — ut contenta dote, quae in matrimonio col- « locabatur, nullum ad bona paterna regres- « sum haberet — juris auctoritate improbatur « nec intestato patri succedere filia ea ratione « prohibetur.*

Ed il nostro articolo 1380 riproducendo tale disposizione mentre stabilisce che gli sposi » *non possono fare alcuna convenzione o rinunzia che tenda a mutare » l'ordine legale delle successioni,* » non indica, come si vede, quali siano le successioni alle quali si limita la proibizione. — A noi pare che, posto il principio che vieta di mutare l'ordine legale delle successioni, si rendesse inutile specificare quelle alle quali fosse applicabile la proibizione. Parlandosi di successioni non altro si è contemplato che le successioni che possono deferirsi ai coniugi per ministero della legge; quindi successione respettivamente fra essi, successione dei loro ascendenti, successione dei loro discendenti. Questo e non altro può essere stato il pensiero del legislatore, e questo pensiero si rivela chiaramente nelle frasi *ordine legale delle successioni,* » quell'ordine cioè, che la legge stabilisce appunto nelle successioni che siano per deferirsi per ragione di parentela o di affinità, come si è la successione tra i coniugi.

In forza pertanto della disposizione surriferita gli sposi non potrebbero rinunziare ai diritti che la legge loro accorda respettivamente sulle loro eredità; non potrebbe la donna rinunziare alla eredità degli ascendenti per la circostanza di avere ricevuto da essi una dote; non potrebbero stabilire il modo di successione dei loro figli, non potrebbe finalmente il coniuge *binubo* pattuire col nuovo coniuge sulla propria eredità a danno dei figli del primo matrimonio, e al di là della misura stabilita dalla legge.

1139. Prescrive per ultimo l'articolo 1381 che » *non è permesso agli sposi di » stipulare in modo generico che il loro » matrimonio sia regolato da consuetudini » locali, o da leggi, alle quali non sono legalmente sottoposti.* »

Perchè dovrebbe concedersi la facoltà agli sposi di regolare le loro convenzioni matrimoniali con leggi alle quali non so-

no sottoposti, o con consuetudini che sono rimaste abrogate?...

Per esempio, il Codice Francese accorda al coniuge superstite i beni della eredità del coniuge defunto soltanto quando non vi siano parenti in grado successibile, ne esistano figli naturali (*art. 767*). — Supposto che gli sposi regolassero i loro diritti successori colle norme di quel Codice verrebbero a porre in essere una renunzia ai diritti maggiori che ad essi competono per il nostro; renunzia, d'altronde, che troverebbe ostacolo nell'articolo 1379 per il quale si proibisce agli sposi di derogare colle convenzioni matrimoniali ai diritti che la legge loro attribuisce.

Ecco quindi la ragione della proibizione del citato articolo 1381, quella cioè che, all'appoggio di una legislazione diversa, si possono eludere le disposizioni del nostro Codice. (21).

1140. L'articolo 1381, parla di rinvio in modo generico a leggi o consuetudini alle quali gli sposi non sono legalmente sottoposti. — Non è a credersi che il rinvio ad una disposizione speciale di una legge o consuetudine possa essere valida.

Lo scopo della legge è quello di impedire che le convenzioni matrimoniali siano regolate da disposizioni diverse da quello che stabilisce il nostro Codice. Quindi o che il rinvio si faccia in genere ad una legge o si faccia ad una disposizione speciale della medesima l'effetto sarebbe lo stesso, perchè verrebbe sempre a sostituirsi a leggi vigenti delle disposizioni legislative che potrebbero trovarsi in conflitto con quelle. Questa almeno è la intelligenza che gli scrittori Francesi hanno dato all'articolo 1390 del Codice Napoleone, di cui il nostro articolo 1381 non è che la semplice traduzione (22).

1141. Se è libero agli sposi di porre in essere tutte quelle convenzioni che essi credono più utili al loro interesse, non è però nelle loro facoltà il *tempo* e la *forma* delle relative stipulazioni.

L'articolo 1382 prescrive in modo assoluto che devono stipularsi prima del matrimonio, e mediante atto pubblico, » *i* » *contratti matrimoniali devono essere sti-* » *pulati per atto pubblico avanti notaio pri-* » *ma del matrimonio.* »

1142. Se non si consultasse che la semplice ragione, bisognerebbe dire che le convenzioni matrimoniali possano essere fatte dopo come avanti il matrimonio. Dato, infatti, che niuna convenzione sia intervenuta, ciascuno degli sposi gode allora dei suoi beni e li amministra a suo talento. In questa situazione di cose chi può impedirli di porre in essere delle convenzioni, che l'esperienza, l'abitudine di una vita comune, la conoscenza dei loro caratteri respettivi, gli pongono nel caso di farlo con maggiore autorità e molto meglio che per l'avanti?...

Certo si è che le leggi Romane, mentre proibivano le donazioni tra i coniugi » *ne mutuato amore invicem spoliarentur* » (23), ammettevano però che essi, anche dopo celebrato il matrimonio, potessero stipulare quei patti che credevano a se più proficui, purchè non contenessero una donazione proibita (24).

Ma questi principj si giusti e razionali cederono il luogo a principj opposti. Si volle ravvisare in ogni convenzione posta in essere tra i coniugi il pericolo che la intimità, la benevolenza, l'amore, facendo velo all'intelletto, inducesse i contraenti a depauperarsi vicendevolmente, e si finì col proibire tra loro ogni convenzione che non fosse fatta prima del ma-

(21) *Process. verb. della comm. coord. del cod. civ. pag. 421.*

(22) Marcadè — *Explication du Cod. Nap. sur l'art. 1390 n.° 1.*

(23) *Leg. 1 ff. de donat. int. vir. et ux.*

(24) *Pacisci post nuptias, etiam si ante* « *nihil convenerit, licet.* » Leg. 1 ff. de pact. dotal.

— Leg. 28 ff. eod.

trimonio — Ciò fu stabilito dal Codice Francese *(art. 1394)*, o la identica disposizione venne ricevuta ed accolta nel nostro articolo 1382.

Ne consegue pertanto, che se il matrimonio ebbe luogo senza alcun contratto riguardante gli interessi pecuniari, gli sposi non possono più provvedervi. Essi si troveranno soggetti al regimo della separazione dei beni, ne potranno derogarvi colla costituzione di una dote, o colla stipulazione della comunione.

1143. Ammesso che le convenzioni devono stipularsi prima del matrimonio, era una conseguenza logica lo stabilire, come ha fatto l'articolo 1385 che tali convenzioni non potessero essere mutate o modificate durante il matrimonio. Ed appunto, ad assicurare la loro *immutabilità*, ed a preveniro qualunque *antidota* è stato prescritto cho i contratti di matrimonio devono essere fatti per atto pubblico avanti notajo (25).

1144. Ma questo carattore di *immutabilità* le convenzioni matrimoniali non lo assumono cho colla celebrazione del matrimonio. Prima di questa celebrazione possono variarsi, ma però sotto dello condizioni.

1145. Ecco quanto dispongono in proposito gli articoli 1383 e 1384.

Art. 1383. » *Le mutazioni dei contratti » matrimoniali che occorressero prima del » matrimonio debbono forsi egualmente per » atto pubblico. — Inoltre nessuna mutazione o contro — dichiarazione è valida, » quando sia fotta senza la presenza ed il » simultaneo consenso di tutte le persone » che sono state parti nel contratto di matrimonio.* »

Art. 1384. » *Ogni mutazione o contro » — dichiarazione, quantunque rivestita delle » forme stabilite nel precedente articolo, rimane senza effetto rispetto ai terzi se in » margine o in calce della minuta del contratto di matrimonio non fu fotta onnotazione indicante l'atto che contiene il cangiamento o la contro — dichiarazione. » Questa annotazione deve parimente essere » fatta sulla copia del controllo di matrimonio rimessa al pubblico archivio a cura » del notajo che lo ha ricevuto, ed anche » su quella presentota all'uffizio di trascrizione se il contratto di matrimonio fu » trascritto. — Tanto il notojo quanto il » pubblico archivista non possono, sotto pena dei danni verso la parte, e sotto pene » più gravi, se vi è luogo, dar copia nel controllo di matrimonio, senza trascrivere in » fine l'autorizzczione suddetta.* »

1146. Le disposizioni di questi *articoli* ci richiamano naturalmente ad esaminaro 1.° quali siano le modificazioni permesse; 2.° in qual forma debbano essere fatte; 3.° quali ne siano gli effetti.

1147. È un principio di ragiono naturale che l'uomo possa sempre cambiare di volontà senza doverne rendere conto ad alcuno, purchè non pregiudichi ai diritti altrui. Se il contratto cho ha liberamente consentito vincola la sua libertà, ciò non è che verso l'altro contraente. È quindi evidente cho so ambidue cambiano di volontà essi possono, per comune consenso, modificaro o sciogliere il loro primo contratto nella maniera che più gli piace, perchè niente è più naturalo è più conforme alla ragione cho quello di sciogliero un legame di diritto nello stesso modo col quale è stato formato (26).

Lo convenzioni matrimoniali sono eccettuate da questa regola quando, come si è detto, il matrimonio è stato celebrato, ma prima della celebrazione è in facoltà dei contraenti di mutarle, modificarle, ed anche distruggerle.

1148. Gli articoli 1383, 1384 che sanzionano il principio surriferito parlano di *mutazioni* e di *contro dichiarazioni*. — È bene stabilire, prima di tutto, il vero significato tanto delle une quanto dello altre.

(25) *Relaz. sul prog. del cod. civ. pag. 47.*

(26) *Leg. 35. — Leg. 75 ff. de reg. jur.*

Le parti cambiano o mutano un contratto allorchè ne estendono, modificano, o restringono le *clausule*; allorchè ne tolgono qualcuna sia per sostituirvene altre, sia per sopprimerle intieramente o renderle senza effetto. Ora, a rigore di termine, non è cambiare o mutare un contratto facendovi qualche *addizione*, che ne lascia sussistere tutte le clausule nella loro integrità o senza alterazione. Si potrebbe pertanto dubitare se, stipulato il contratto di matrimonio, si possa aggiungere un patto nuovo, per esempio, una donazione tra gli sposi, il regime della comunione quando quello già fissato fosse il regime dotale. Ma questo dubbio, pare a noi, che si risolva più in una questione *grammaticale* che *giuridica*.

Gli articoli 1383, 1384 sopracitati accordando agli sposi la facoltà di cambiare le loro convenzioni matrimoniali non hanno imposto un limite all'esercizio di questo diritto. Il legislatore ha inteso e voluto che fosse libero alle parti di procedere a quelle ulteriori convenzioni che reputino del loro interesse. D'altronde se non potrebbe impedirsi agli sposi di risolvere per comune consenso il contratto già stipulato, non può del pari negarsi loro il diritto di aggiungere altri patti. In ogni caso le convenzioni aggiunte se non si volessero avere per *cambiamenti* o *mutazioni*, varrebbero però sempre come un nuovo contratto.

1149. Generalmente per *contro-dichiarazioni* si intende le convenzioni che sono contrarie o derogano a quelle stipulate in un primo contratto — Queste *contro-dichiarazioni*, per loro natura, non hanno niente di illecito e di odioso. Sono dei veri contratti naturalmente permessi alle parti che vogliono revocare o cambiare in tutto o in parte un precedente contratto. Esse obbligano sempre i contraenti ed i loro successori a titolo universale, ancorchè non abbiano verun effetto contro i terzi quando siano fatte per scrittura privata. È questo il principio stabilito dall'articolo 1319.

1150. Ma se la legge permette le *mutazioni* e le *contro-dichiarazioni* nelle convenzioni matrimoniali, esige però l'adempimento di forme speciali onde evitare e prevenire qualunque frode a danno dei terzi — Essa richiede che le *mutazioni* o le *contro-dichiarazioni* debbano essere fatte per atto pubblico, ed alla presenza, e col simultaneo consenso di tutte le persone che sono state parti nel contratto di matrimonio *(art. 1383)*. — È la consacrazione del principio di ragione che, come abbiamo già detto, ogni contratto può sciogliersi nel modo stesso con cui fu posto in essere « *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem* » *in contrarium actis liberamur.* » *(Leg. 153 ff. de reg. jur.)*.

1151. L'articolo 1383, richiede la presenza ed il consenso di tutte le persone che sono state *parti* nel contratto di matrimonio. — *Parti* al contratto sono quelle persone che stipulano o promettono una qualche cosa nel loro particolare interesse, e senza la presenza ed il consenso delle quali certe *clausule* non vi potrebbero essere inserite, ma non già quelle persone che non assistono al contratto che come consulenti, o per amore, o per convenienza.

Così l'assistenza del padre e della madre al contratto di matrimonio dei loro figli, quando questi, maggiori di età, possono liberamente contrarlo, non gli costituisce parti nel contratto stesso ognorachè non si obbligano a cosa alcuna a favore degli sposi, o dei figli che saranno per nascere. In questo caso la legge non richiede la loro presenza per la validità delle *mutazioni* o *contro-dichiarazioni*.

Al contrario se alcuno dei genitori, ed ancora un estraneo avessero costituita una dote alla sposa, o avessero fatto una dotazione a di lei favore oppure dello sposo, allora essi sarebbero ciò che dice l'articolo 1383, « *parti nel contratto di matrimonio.* » — Senza la presenza dei me-

desimi non potrebbe procedersi a *mutazioni o contro-dichiarazioni* al primitivo contratto.

1152. Si richiede inoltre, che la presenza ed il consenso delle *parti* sia simultaneo. La disposizione dell'articolo 1383, è formale, e la ragione è evidente. Si possono facilmente ottenere dei consensi separati; ma la presenza di tutte le *parti* può fare nascere una discussione che somministri delli schiarimenti ai quali non si era pensato.

1153. Si è detto *(n.° 1148)*, che i patti nuovi, le *addizioni* devonsi ritenere compresi, almeno in senso giuridico, nelle *mutazioni* che la legge permette fare ai contratti di matrimonio. Ma per queste *addizioni*, per questi patti nuovi si richiede la presenza ed il consenso di tutti coloro che furono *parti* al contratto?...

Certamente *aggiungere* non è *cambiare*, e l'articolo 1383 non parla che di *mutazioni* e di *contro-dichiorazioni*. Non può, astrattamente, ammettersi una correlazione, una indivisibilità fra le *clausule* del contratto ed i patti nuovi, se fra questi e le prime non esiste un nesso, un legame. È da ritenersi pertanto che, quando i nuovi patti in niente derogano al contratto primitivo, non vi è certamente bisogno della presenza e del consenso di coloro che furono parti al contratto stesso. Ma allorchè coi patti nuovi si vengono a distruggere le clausule del contratto, si deteriora, per esempio, la condizione della dote (27), o come dice la *Legge* 52. *Cod. de donat:* » *si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest: vel id quod vere gestum est aboleri,* » certamente si rende allora indispensabile, per la validità di queste nuove convenzioni, la presenza ed il consenso di tutti coloro che furono *parti* nel primo contratto.

1154. Ma la legge, nella veduta di prevenire qualunque frode, non si arresta a ciò. Essa stabilisce che le *mutazioni* e le *contro-dichiarazioni*, sebbene siano state fatte per atto pubblico ed alla presenza e col consenso delle persone che furono *parti* nel primo contratto, rimangono senza effetto rispetto ai terzi » *se in margine o in calce della minuta del contratto di matrimonio non fu fatta annotazione indicante l'atto che contiene il cangiamento o la contro-dichiarazione — Questa annotazione deve parimente esser fatta sulla copia del contratto di matrimonio rimessa al pubblico archivio a cura del notajo che lo ha ricevuto, ed anche su quella presentata all'uffizio di trascrizione se il contratto di matrimonio fu trascritto.* » *(articolo 1384.)*

Coll'adempimento di queste formalità è evidente, che le *mutazioni* e le *contro-dichiarazioni* divengono parte del contratto di matrimonio, e che gli sposi non potrebbero ingannare alcuno dissimulando la loro esistenza.

1155. Aggiunge il citato *articolo* che » *tanto il notaio quanto il pubblico archivista non possono, sotto pena dei danni verso le parti, e sotto pene più gravi, se vi è luogo dar copia del contratto di matrimonio senza trascrivere in fine l'annotazione suddetta.* »

Anche questa formalità è diretta a garantire l'interesse dei terzi. — È da avvertirsi per altro che la contravvenzione di questi pubblici Ufficiali, non rende nulla la *mutazione* o la *contro-dichiarazione* a riguardo delle parti che l'hanno sottoscritta. Per esse sono valide anche quando non siano state annotate in margine o in calce della minuta del contratto, bastando che siano state fatte alla presenza e col consenso di tutte le persone che furono *parti* nel contratto di matrimonio *(art. 1383)*. — L'annotazione non è richiesta che a riguardo dei terzi.

1156. Noteremo, per ultimo, due disposizioni speciali relativamente ai minori, ed agli inabilitati.

Per regola, i minori sono incapaci di

(27) *Arg. Leg.* 27 § 2 *in fin. ff. de pact*

contrattare *(art.* 1106*)*. Ma agli effetti del matrimonio, essi, avendo la età prescritta, non solo possono contrarlo, ma hanno ancora capacità di prestare il consenso per tutte le stipulazioni e donazioni che possano farsi nel relativo contratto. L'unica condizione per la validità di queste obbligazioni si è che i minori siano assistiti dalle persone il cui consenso è richiesto per la validità del matrimonio *(art.* 1386*)*.

Per quello che riguarda gli *inabilitati*, le stipulazioni e donazioni fatte dai medesimi nel contratto di matrimonio non sono valide se non sono stati assistiti all'*atto* da un curatore speciale all'uopo nominato *(art.* 1387*)*.

SEZIONE SECONDA

—

Del regime dotale.

CAPITOLO PRIMO

—

Indole e caratteri della dote.

SOMMARIO

1157. Definizione della dote.
1158. Sua distinzione per il diritto Romano.
1159. Distinzione di cui è suscettibile di fronte al nostro Codice.
1160. Per sottoporre i beni al vincolo della dotalità occorre una dichiarazione espressa.
1161. 1162. 1163. 1164. 1165. 1166. Fino a qual punto si estenda questo vincolo.
1167. Se possa stipularsi che i frutti e le rendite vengano capitalizzate per formar parte della dote.
1168. Caratteri speciali della dote.

1157. La *dote* consiste — in quei beni che la moglie od altri per essa apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio. — È questa la definizione che da l'*articolo* 1388 del nostro Codice; ma però non è esatta, perchè non comprende tutti i caratteri che le vengono attribuiti.

Stando, infatti, alla lettera della definizione potrebbe credersi che la *dote stesso*, cioè il *capitale*, sia destinato a sostenere i pesi del matrimonio, mentre è certo che deve rimanere intatta ed inalienabile, salvi i casi espressamente contemplati dalla legge *(art.* 1404 1405*)*; o che il marito non ha altro diritto se non quello di amministrarla, e di perciperne i frutti *(art.* 1399*)*.

1158. I Romani riconoscevano due specie di dote, la *profettizia* e l'*avventizia*. La *profettizia* era quella che proveniva dagli ascendenti paterni, l'*avventizia* quella che veniva costituita da un ascendente materno, da un estraneo, o ancora dalla stessa donna (1).

1159. Non avendo i figli, per disposiziono dell'*articolo* 147 azione verso il padre e la madre onde obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo, la distinzione della *dote* in ordine alla sua *origine* non ha alcun valore per noi, mentre lo aveva, e grandissimo per le leggi Romane, le quali obbligavano il padre di assegnare una dote alla figlia in proporziono delle sue sostanze (2).

La distinzione di cui, per il diritto attuale, è suscettibile non può desumersi che dalla natura e quantità dei beni che si costituiscono in dote. — Quindi, per la natura dei beni, può dividersi in dote *mobiliare* ed *immobiliare*; per la quantità, in dote *generale* e *speciale*.

È dote *mobiliare* quella che consiste in danari, mobili e cose fungibili, in una parola tutto ciò che è dichiarato *mobile* per legge *(art.* 416*)*. — È *immobiliare* quella che ha per subietto dei beni immobili.

È dote *generale* se comprende tutti i beni presenti e futuri della donna — *speciale* se consiste in un oggetto particolare, come un fondo, una casa, una somma

(1) *Leg. 5 in princ. e § 10 e 11 ff. de jur dot.*
(2) *Leg. ult. Cod. de dot. promiss.*

determinata, o una quota fissa di beni del costituente.

Queste differenti specie di *dote*, benchè sottoposte ad una legge generale, hanno però ciascuna delle regole proprie e speciali. — Così, per esempio, la dote *immobiliare* è inalienabile e resta nel dominio della donna, benchè il marito ne abbia l'usufrutto e l'amministrazione, mentre la dote *mobiliare* diviene quasi sempre la proprietà del marito, salvo a restituire il prezzo delle cose dotali allorchè esse siano state *stimate* nel contratto *(art. 1401, 1402, 1409, 1410)*.

1160. All'effetto che i beni della donna, o di chiunque altro costituente rimangano affetti al vincolo di dotalità, bisogna che espressamente sia dichiarato nel contratto di matrimonio che tutti o parte di quei beni sono apportati al marito a titolo di dote. In mancanza di questa dichiarazione i beni restano una proprietà libera della donna. Ciò resulta dal rammentato articolo 1388, » *beni che la mo-* » *glie od altri per essa apporta espressa-* » *mente a questo titolo al marito ;* »

La ragione di tale dichiarazione è evidente, inquantochè non imponendo il nostro Codice alcun sistema alla società coniugale, deve, nel silenzio delle parti, ritenersi ammesso fra loro il regime della separazione, vale a dire, a riguardo della donna, che essa conservi il dominio, l'amministrazione ed il godimento dei propri beni. » *Sono parafernali* (dice l'art.1425), » *tutti i beni della moglie che non sono* » *stati costituiti in dote.* »

1161. È ora a vedersi fino a qual punto possa estendersi il vincolo della *dotalità* sui beni della donna che essa o altri per lei apporta al marito a titolo di dote.

1162. Dispongono gli articoli 453, 454 — che tutto ciò che si accresce ad un fondo per *alluvione*, cede a favore del propriotario; — che il terreno abbandonato dall'acqua corrente che insensibilmente si ritira da una delle rive portandosi sull'altra, appartiene al propriotario della riva scoperta.

Verificandosi ciò in un fondo dotale, l'accrescimento o il terreno abbandonato divengono *dotali*, perchè tale accrescimento, non è da considerarsi come un fondo di per sè stante, ma sivvero come parte dell'antico (3).

Per lo stesso principio della *accessione* le fabbriche costruite sopra i fondi costituiti in dote sono dotali » *omne quod solo* » *inaedificatur solo caedit.* »

1163. L'immobile ricevuto in permuta del fondo dotale, nel caso in cui questa permuta sia stata autorizzata, è *dotale*, e riveste tal carattere anche l'avanzo del prezzo *(art. 1406)*.

Ugualmente è dotale l'immobile dato dalla donna in rimpiazzo dell'immobile dotale, del quale il marito sia stato evitto (4).

1164. Ma non è così quando col denaro dotale si è acquistato un immobile. Questo fondo non diviene *dotale*, salvochè nel contratto di matrimonio sia stata stipulata la condizione che le somme costituite in dote debbano essere impiegate nell'acquisto. Tanto stabilisce l'art. 1403, » *l'immobile acquistato col danaro dotale* » *non diviene dotale se non quando nel con-* » *tratto di matrimonio sia stata stipulata la* » *condizione dell'impiego.* »

È da osservarsi per altro che la semplice clausula dell'*impiego* inserita nel contratto, non può rendere dotali di diritto i fondi acquistati dal marito posteriormente al matrimonio. Occorre che la stipulazione sia speciale e determinata, » *ut dos quae in pecunia numerata esset,* » *permutaretur et transferatur in corpora* ». (Leg. 21, ff. de pact. dot.).

1165. Parimente non è dotale l'immobile dato in pagamento della doto costituita in danaro *(art. 1403)*, inquantochè la somma di denaro formò esclusivamente

(3) *Leg. 4 ff. de jur: dot:*

(4) *Duranton Tom. 15 n.° 435.*

subietto della dote, non essendo l' immobile che un modo di realizzare il pagamento.

Ne consegue pertanto che tale immobile può essere investito dalle esecuzioni dei creditori particolari della donna, e che essa, in caso di restituzione, ha diritto di esigere la sua dote in danaro, e di rifiutare l' immobile che venne dato in pagamento della medesima (5).

1166. Il vincolo della *dotalità* non investe che i beni costituiti espressamente in dote. — Quindi allorchè la donna si è costituito in dote uno o più immobili della successione paterna, questa costituzione non colpisce che la porzione dell'immobile o immobili toccati a lei in questa successione, e non già le porzioni che hanno potuto provenirle indirettamente per la morte o cessione dei suoi coeredi (6).

1167. La dote è destinata a sostenere gli oneri del matrimonio. — Non potrebbe pertanto stipularsi che i frutti e le rendite venissero capitalizzati e formassero parte della dote per essere insieme restituiti dal marito alla donna, ammenochè le rendite capitalizzate potessero produrre degli *interessi* sufficienti per servire al fine cui la dote è destinata (7).

1168. A raggiungere lo scopo propostosi la legge attribuisce alla dote due caratteri speciali, la *immutabilità*, la *inalienabilità*.

La dote, una volta costituita, non può celebrato il matrimonio, essere cangiata da convenzioni posteriori; la sua causa è *perpetua*, cioè essa è costituita colla intenzione che resterà sempre nelle mani del marito per sopperire agli oneri del matrimonio (8). Ne consegue, che ove fosse stata costituita sotto la condizione che venisse restituita avanti lo scioglimento del matrimonio, tal condizione si avrebbe come non scritta perchè contraria alla sua destinazione ed alla sua natura, ed il marito conserverebbe i *beni* fintantochè non si verificassero i casi legali della restituzione (9).

Dichiarata la dote *inalienabile*, meno i casi eccettuati dalla legge, viene a garantirsi pienamente che rimarrà intiera nelle mani del marito.

(5) *Bordeaux 11 juill. 1839, (Tom. 2. 1839.) pag. 648.*

(6) *Rouen 18 juin. 1845. (Tom. 1 1846. pag. 256.) Herfent c. Perelle.*

(7) *Merlin. R. v. Dot.* § *5 n. 3.*

(8) « *Dotis causa perpetua est, et cum voto* « *ejus qui dat ita contrahitur, ut semper apud* « *maritum sit.* » Leg. 1 ff. de jur. dot.

(9) Benoit — *De la dot. Tom. 1 n.° 16.*

CAPITOLO SECONDO

—

Della costituzione della dote.

SOMMARIO.

1169. 1170. 1171. Duplice carattere del contratto di costituzione di dote.
1172. Ha implicita la condizione che segua il matrimonio.
1173. Quid, a riguardo della obbligazione del costituente se si lasciasse trascorrere un lungo tempo senza devenire alla celebrazione.
1174. Per la efficacia della costituzione il matrimonio deve essere valido.
1175. Da chi debba sopportarsi la perdita della cosa perita nel tempo intermedio tra la costituzione e la celebrazione del matrimonio.
1176. 1177. La costituzione della dote deve essere espressa.
1178. 1179. Persone che possono costituire la dote.
1180. Ipotesi configurate dalla legge quando i costituenti siano i genitori.
1181. 1182. Costituzione fatta unitamente dal padre e dalla madre.
1183. 1184. Fatta dal solo padre sui diritti paterni e materni.
1185. Fatta dal genitore superstite.
1186. Regola generale a complemento delle tre ipotesi della legge.
1187. 1188. Quid, nel caso in cui il debitore della sposa costituisca alla medesima una dote.
1189. Quali cose si possono costituire in dote.
1190. Beni immobili — usufrutto.
1191. Cose incorporali — diritti eventuali.
1192. Costituzione dei beni presenti e futuri.

1193. Costituzione alternativa.
1194. 1195. 1196. 1197. 1198. Quid, se una delle due cose costituite in dote alternativamente perisce.
1199. Caso in cui non è applicabile la teoria sulle obbligazioni alternative.
1200. La cosa costituita in dote deve essere certa e determinata.
1201. Quid, se la determinazione della dote sia rimessa all' arbitrio di un terzo.
1202. 1203. La dote non può costituirsi ne aumentarsi durante il matrimonio.
1204. 1205. La costituzione può essere fatta a termine, e subordinata a condizioni.
1206. 1207. 1208. I costituenti sono tenuti a garantire i beni assegnati in dote.
1209. 1210. Principi fondamentali della garanzia in caso di evizione.
1211. 1212. Per esimere i costituenti dalla garanzia occorre un patto espresso.
1213. Diritti del marito in caso di evizione.
1214. 1215. 1216. La dote è produttiva di interessi. — Da qual tempo decorrono, e contro di chi.
1217. 1218. 1219. 1220. 1221. Lucri dotali.

1169. Abbiamo veduto quali sono i caratteri sostanziali della dote. Dobbiamo ora esaminare specialmente la natura del contratto di *costituzione*, da quali persone, a quali beni, in qual tempo e come la dote stessa possa essere costituita.

1170. Difficilmente si potrebbe sotto una formula generale riprodurre il concetto giuridico del contratto di *costituzione*. Consistendo la dote in quei beni che la moglie, od altri per lei apporta al marito per sostenere i pesi del matrimonio (*art.* 1388), è indubitato che il carattere e la natura del contratto può essere *semplice* o *complesso* secondochè sia la donna stessa che si costituisca la dote, o siano altri che la costituiscano per lei.

1171. Allorchè non vi sono che due parti contraenti, cioè gli sposi la costituzione della dote riveste il carattere di un contratto *sinallagmatico* a titolo oneroso, per il quale la sposa dà l'amministrazione ed il godimento di tutti o parte dei suoi beni, durante il matrimonio, allo sposo, il quale si obbliga di sopperire colle rendite e frutti della medesima ai pesi del matrimonio, e di farne la debita restituzione nei casi determinati dalla legge.

Ma quando, oltre i due sposi, intervengono una o più persone per dare congiuntamente o separatamente una dote alla sposa il contratto non è più semplice; diviene allora un contratto *complesso*, di beneficienza, cioè, e di liberalità di fronto al costituente ed alla sposa, un contratto *oneroso* a riguardo dello sposo. Per esso i costituenti danno dei *beni* alla sposa la quale, accettandoli come dotali, consente tacitamente di cederne al marito l'amministrazione ed il godimento durante il matrimonio. — È ciò che rilevasi chiaramente del citato articolo 1388 « *beni che* » *la moglie od altri per essa opporta.... al* » *marito.* »

1172. La costituzione di dote, e le donazioni fatte per causa di matrimonio sono per loro natura *condizionali*. Esse si risolvono di pieno diritto se il matrimonio non ha luogo.

Non è necessario l' esprimere questa condizione nel contratto; essa vi è sempre tacitamente compresa. Così insegnano le Leggi Romane (10), e così in tema di donazioni per causa di matrimonio trovasi stabilito nell'articolo 1068 » *qualun-* » *que donazione fatta in riguardo di fu-* » *turo matrimonio è senza effetto, se il ma-* » *trimonio non segue.* »

1173. Ma se gli sposi lasciano passare un lungo tempo senza celebrare il matrimonio, il costituente la dote o il donante rimangono liberati dalla obbligazione assunta ?....

La questione non può essere risoluta che con i *principj* ricevuti a riguardo delle obbligazioni in generale, poichè la obbligazione di dare una doto è condizio-

(10) « *Stipulationem quae propter causam* « *dotisfiat constat haberc in se conditionem* « *hanc — si nuptiae fuerint secutae — et ita* « *demum ex ea agi posse. quamvis non sit ex-* « *pressa conditio, si nuptiae, constant.* » Leg. 21 ff. de jur. dot.

nale senza contradizione. — Egli è certo per il disposto dell'articolo 1167 — che allorquando una obbligazione è contratta sotto la condizione che un avvenimento segua in un tempo determinato, tale condizione si reputa *mancata* se il tempo sia spirato senza che l'avvenimento sia seguito — che se non vi è prefissione di tempo la condizione può sempre essere adempita e non si ha per *mancata* se non quando sia certo che l'avvenimento non seguirà.

Applichiamo questi principj alla questione proposta. — Se è stato fissato un termine dentro il quale il matrimonio doveva celebrarsi, trascorso che sia inutilmente, la condizione si reputa *mancata* e conseguentemente risoluta la obbligazione del costituente. — Ma se non è stabilito alcun termine, potendo sempre compirsi la condizione della celebrazione del matrimonio, la condizione stessa non si reputerà *mancata* se non quando sia certo che il matrimonio non seguirà. Quindi se uno degli sposi muore o si marita con altri, la condizione è *mancata* perchè si ha la certezza assoluta che il matrimonio non seguirà; e ciò anche nel caso che dopo un matrimonio intermediario, i due antichi sposi, divenuti liberi, contraessero realmente matrimonio tra loro (11).

È da osservarsi inoltre che la volontà espressa da uno degli sposi di non contrarre il matrimonio progettato avrebbe la stessa forza, a riguardo dell'inadempimento della condizione, della certezza assoluta, ed il donante sarebbe autorizzato a ritrattare la sua donazione (12).

1174. Essendo implicita nella costituzione della dote che il matrimonio *segua*, non basta per la sua efficacia che realmente il matrimonio sia stato celebrato, bisogna ancora che questo matrimonio sia valido. - Dichiarata la sua nullità, la condizione viene ugualmento a mancare, e rosta di niuno effetto la costituzione della dote *(arg. art.* 1068*)*.

Questo principio per altro soffre una limitazione a favore dei figli, quando il matrimonio, dichiarato nullo, sia stato contratto in buona fede. In questo caso dispone il detto articolo 1068, che « *la donazione in quanto riguarda i figli rimane efficace.... e sono pur salvi i diritti acquistati dai terzi nel tempo intermedio.* »

1175. Non avendo efficacia la costituzione della dote se non in quanto il matrimonio venga celebrato, è certo che, nel tempo intermedio tra il contratto e la celebrazione, i diritti respettivi degli sposi rimangono in sospeso. Ne consegue quindi che se in questo tempo la *cosa* dotale perisce, la perdita è a carico della donna, ancorchè la cosa fosse stata *stimata* nel contratto, e benchè la stima costituisca in proposito una vera vendita, perchè anche questa vendita si reputa fatta sotto la medesima condizione (13).

1176. Per le leggi Romane, per le quali il regime *legale* era quello della *dote*, non importava che la costituzione della medesima fosse espressa; bastava che resultasse implicitamente dagli argomenti e dalle congetture purchè potesse rilevarsi che la vera intenzione dei contraenti fosse stata quella che i beni apportati dalla donna al marito rimanessero affetti al vincolo della dotalità (14). E tanto si estendeva questo principio che se la donna passava a seconde nozze senza essersi costituiti in dote i propri beni, si riteneva che avesse voluto apportare al suo secondo marito la stessa somma che essa si era costituita nel primo matrimonio (15).

(11) « *Et licet postea eidem nupserit non convalescit stipulatio.* » Leg. 22 ff. de jur. dot.

(12) « *Quare, si nuncius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur.* » Leg. 21 eod.

(13) *Leg. 10 § 5 ff. de jur. dot.*

(14) « *Quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adiectio* » Leg. 23 ff. eod.

(15) « *Dotem quae in prius matrimonium data est. non aliter converti in posterius*

1177. Ma di fronte al nostro Codice che non ammette alcun sistema *legale*, si rende necessario, volendo adottare il regime *dotale* o quello della *comunione*, che ciò sia espressamente dichiarato nel contratto di matrimonio, imperocchè, nella mancanza di un patto espresso o nel dubbio, dovrebbe ritenersi che i coniugi abbiano inteso e voluto conservare l'amministrazione ed il godimento dei beni respettivi. È ciò che prescrive l'articolo 1388, » *la* » *dote consiste in quei beni che la moglie* » *od altri per essa apposta espressamente* » *a questo titolo al marito.* » — E che sia indispensabile una stipulazione espressa se ne ha la conferma nella disposizione dell'articolo 1390, colla quale si stabilisce che » *se la donna passa ad un secondo o* » *ulteriore matrimonio non si intende ri-* » *costituita tacitamente la dote assegnata nel* » *matrimonio precedente.* »

1178. Per regola tutte le persone che hanno la capacità di disporre dei propri beni possono costituire una dote. E poichè, come già abbiamo osservato, la costituzione di dote non si risolve, in ultima analisi, che in una donazione o liberalità, almeno perciò che riguarda i genitori o gli estranei, così può bene ritenersi che le disposizioni che regolano la capacità di disporre per donazione tra i vivi siano applicabili alla costituzione.

1179. Il più delle volte sono i genitori che costituiscono una dote alla figlia, ma essi non vi possono essere obbligati, poichè l'articolo 147 dispone ricisamente che » *i figli non hanno azione verso il pa-* » *dre e la madre per obbligarli a far loro* » *un assegnamento per causa di matrimonio* » *o per qualunque altro titolo.* »

1180. Ove i costituenti siano i genitori, la legge configura tre ipotesi: 1.° che la costituzione sia fatta congiuntamente dal padre o dalla madre *(art. 1392)*; 2.° che sia fatta dal solo padre pei diritti paterni e materni *(art. 1395)*; 3.° che sia fatta dal genitore superstite *(art. 1393)*.

1181. Nel primo caso l'articolo 1392, dispone che » *se il padre e la madre che* » *ha beni stradotali, costituiscono unitamente* » *una dote senza distinguere la parte di* » *ciascuno, la dote si intende costituita in* » *parti eguali da ambedue.* »

Onde la dote si intenda costituita a parti uguali occorre, come ben si rileva dal testo di questo articolo — che il padre e la madre l'abbiano costituita *unitamente* — che la madre abbia beni stradotali.

La costituzione della dote deve essere fatta *unitamente*, cioè la volontà della madre di dotare la figlia, deve risultare in modo chiaro ed evidente: la sua presenza al contratto o la sua sottoscrizione non basterebbero per farle assumere questa obbligazione; bisogna che essa abbia preso una parte *attiva* alla costituzione di questa dote. È questo il senso giuridico che, nel caso, porta la parola *unitamente*.

La madre deve avere dei beni stradotali. — In questo caso la presenza del marito al contratto e la parte attiva che vi prende, dimostrano chiaramente che egli consente ed approva la obbligazione che la moglie va ad assumere; quindi non è luogo a dubitare della validità della obbligazione stessa.

Ma non è così quando la donna non ha che dei beni sottoposti al vincolo dotale. Essendole impedito di disporre di questi se non vi concorre l'autorizzazione del tribunale *(art. 1405)*, essa non potrebbe validamente obbligarsi per la sola circostanza di avere concorso col marito all'*atto* di costituzione, e di avere ottenuto il di lui consenso.

1182. La *regola* del rammentato articolo 1392 troverebbe la sua applicazione quando la dote fosse stata costituita *unitamente* da altri ascendenti, ed ancora da estranei, inquantochè è una conseguenza

---

« *matrimonium dicendum est quum cum hoc* « *agitur: dum hoc agi semper interpretemur,* « *nisi probetur aliud convenisse* » Leg. 30 ff. eod.

del principio seguito come diritto comune — che in tutte le obbligazioni contratte congiuntamente senza distinguere la parte di ciascuno, esse si dividono per porzioni uguali tra i coobbligati, salva la relativa indennità a colui che abbia pagato solo il debito comune.

1183. Stabilisce l'articolo 1395 (ed è la seconda ipotesi) che » *se la dote è co-* » *stituita dal solo padre pei diritti paterni* » *e materni, la madre quantunque presente* » *al contratto, non è obbligata, e la dote re-* » *sta per intero* o *carico del padre*.

Per qual ragione la dote in questo modo costituita deve stare ad intiero carico del padre?.... Sembrerebbe che la di lui obbligazione dovesse limitarsi alla metà della dote stessa, inquantochè ha inteso e voluto fare contribuire la madre a quella costituzione. Però ben ponderando la disposizione del detto articolo è d'uopo convenire che la medesima è giusta è razionale.

Non bisogna, infatti, considerare la forza o la efficacia della obbligazione di fronte soltanto al padre costituente; occorre considerarla ben anco di fronte alla figlia e al di lei sposo.

Il costituente ben sa che ne egli ne la madre sono tenuti, per legge, ad assegnare una dote; ciò non ostante si assume quest'obbligo dichiarando che debba essere soddisfatto anche sui diritti materni. Ma questa *enunciazione* non può certamente far contribuire la madre ad una obbligazione alla quale non ha preso parte; dessa rimane cosa indifferente e senza valore giuridico. — Ciò essendo, l'obbligo di dotare rimane ad intiero carico del padre. È da rilevarsi, infatti, che i contratti debbono essere eseguiti in buona fede, e che obbligano non solo a quanto vi è espresso, ma ancora a tutte le conseguenze: è questo un principio di ragione naturale consacrato dall'articolo 1124. — Cosa ha promesso il padre alla figlia e al di lei sposo?.... Di soddisfare ai medesimi la dote nella somma stipulata. Cosa importa su'quali beni preleverà questa somma ognorachè l'ha personalmente promesso? I diritti materni di cui ha parlato non sono un assegnamento limitativo, e niente vi ha nella costituzione che possa annunziarlo, poichè non ha dichiarata la quantità della somma per la quale intendeva essere tenuto. In sostanza in quanto al modo con cui la obbligazione è stata assunta a riguardo della figlia e del di lei sposo, la obbligazione stessa è *indivisibile*, e deve conseguentemente soddisfarsi per intiero dal costituente *(arg. art. 1202)*.

1184. Ma la legge va ancora più oltre, e dichiara che la madre, benchè presente al contratto, non rimane obbligata *(art. 1395)*, poichè è da ritenersi che la di lei presenza sia motivata da altre ragioni che quelle di intervenire come *parte* al contratto, e che il suo silenzio non abbia altro motivo che la sua timidità naturale, la sua subordinazione al marito.

1185. Finalmente l'articolo 1393, stabilisce che » *se il genitore suprestite costi-* » *tuisce una dote sui beni paterni e ma-* » *terni, senza specificare le porzioni, la dote* » *si prende primieramente sopra i diritti* » *spettanti alla futura sposa nei beni del* » *genitore premorto, ed il rimanente sopra* » *i beni di chi l'ha costituita.* »

La legge presume che la intenzione del genitore suprestite sia stata quella di prelevare la dote piuttosto dai beni del coniuge predefunto anzichè dai propri, e su'questa presunzione determina il modo di prelevarla, cioè, prima sui diritti spettanti alla futura sposa nei beni del genitore premorto, ed ogni resto sui beni del costituente.

1186. A complemento delle tre ipotesi configurate, il Codice pone una regola generale stabilendo che » *la dote se non* » *vi è stipulazione in contrario, si prende* » *dai beni dei dotanti, ancorchè la figlia do-* » *tato dal padre e dalla madre abbia beni* » *propri di cui appartenga loro l'usufrutto.* » *(art. 1394)*.

Fondamento di questo *principio* è il

sentimento innato di tenerezza e di affetto che la natura ha impresso nel cuore dei genitori verso dei figli. In mancanza quindi di una stipulazione in contrario, si deve presumere che, quando il padre e la madre assegnano una dote, sia questa veramente una liberalità che fanno, e che intendano costituirla con i propri beni. La dote costituita coi beni propri della figlia non avrebbe il carattere di liberalità, e sarebbe poi un abuso di potere per parte dei genitori alienando il godimento dei beni della figlia al marito.

1187. Cosa dovrà dirsi del caso in cui un estraneo, debitore della sposa, costituisca alla medesima una dote senza far parola del suo debito?.... La somma costituita in dote dovrà imputarsi nel debito?....

Noi non lo crediamo. La costituzione della dote è un atto di liberalità, e come tale non può certamente perdere il suo carattere per la circostanza di essere il costituente debitore della sposa. Egli non ha parlato del suo debito; ecco quindi un argomento che dimostra avere inteso di fare una liberalità alla sua creditrice. D'altrende non si potrebbe ammettere che il debitore, solo perchè costituisce una dote, possa con tal mezzo convertire in dotale un assegnamento che la donna forse avrebbe voluto riservarsi come parafernale. Sarebbe un pregiudizio che risentirebbe la creditrice, e che il suo bebitore non può recarle.

1188. Lo stesso sarebbe a dirsi ove i costituenti fossero il padre e la madre, i quali non avessero fatto parola del debito che tenessero verso la loro figlia. Sarebbe veramente in questo caso che troverebbe la sua applicazione il disposto del citato articolo 1394, » *la dote, se non vi è stipulazione in contrario, si prende dai beni* » *dei dotanti.* »

1189. Tuttociò che può formare subietto di un contratto, può ugualmente formar subietto della costituzione di dote, Quindi può comprendere tanto i *beni* propriamente detti quanto i *diritti*, tanto i beni *presenti*, quanto i beni *futuri* (*articolo* 1389).

1190. Costituita la dote in beni *immobili* di cui altri abbia l'usufrutto, se questo usufrutto viene in seguito a consolidarsi colla proprietà, anche l'usufrutto viene a cadere nella *costituzione*, perchè non si tratta che di un accrescimento il di cui germe era di già nelle mani della donna al momento della stipulazione del contratto (16).

1191. Costituita in cose *incorporali*, può comprendere tanto i diritti puri e semplici come i diritti *eventuali*, e così un diritto di usufrutto, di servitù e simili, come pure una successione che la donna abbia la speranza di conseguire (17).

1192. La costituzione in dote dei beni presenti e futuri non era conosciuta dalle leggi Romane: era permesso alla donna di costituirsi in dote tutti i suoi beni, ma questa costituzione non si estendeva ai beni futuri (18).

Il nostro Codice (*art.* 1389) seguendo, anche in questo, il Codice Francese (19), ammette che possano formare subietto di costituzione anche i beni futuri della donna. Non occorre, all'uopo, una stipulazione in termini espressi; può ancora indursi da stipulazioni equipollenti, in quantochè le parole *beni futuri* non sono già sacramentali, e la costituzione può essere generale senza che siano state adoperate nel contratto. Basta che i termini dell'atto non lascino dubbio sulla intenzione dei contraenti onde il voto della legge debba dirsi adempito (20). È solo quando non rosulta di questa volontà che i beni futuri

(16) *Si proprietati nudae in dotem datae « ususfructus accesserit, incrementum videtur « dotis, non alia dos » Leg. 4 ff. de jur. dot.*

(17) *Leg 66. ff. eod.*

— *Leg. 13 § 10 ff. de haeredit. pet.*

(18) *Leg. 72 ff. de jur. dot.*

— *Leg. 4 Cod. eod.*

(19) Vedi *art. 1542.*

(20) Benoit — *De la dot. Tom. 1 n. 64.*

turi non devonsi ritenere compresi, » *la » costituzione della dote espressa in termini » generici di tutti i beni della donna non » comprende i beni futuri* » *(detto articolo* 1389*)*.

1193. Non è a dubitarsi che la costituzione della dote non possa essere fatta ancora sotto una *alternativa*, per esempio, una casa a Milano, oppure Lire 50,000. Però la dote non può consistere che in una di queste cose, e la di cui scelta libera il costituente dalla sua obbligazione.

1194. Ma se una delle due cose non può essere suscettibile di costituzione, e perisce nell'intervallo dal giorno delle convenzioni matrimoniali a quello dol pagamento, oppure periscono ambedue, quale sarà l'effetto della costituzione *alternaiva*?..

Queste questioni non possono risolversi che sulla scorta dei principj generali stabiliti in materia di obbligazioni alternative.

1195. Se una delle due cose non può formare subietto di obbligazione, la *costituzione* della dote cossa di essere alternativa, e si limita e quella che è suscettibile di obbligazione *(art.* 1179*)*.

1196. Cessa, ugualmente, di essore *alternativa* la costituzione, e diviene pura o semplice se una delle due cose perisce o non può più essere consegnata, quantunque ciò accada per colpa del costituonto il quale non potrebbe offrire il prezzo della cosa perita *(art.* 1180*)*.

1197. Se poi ambedue le cose sono perite, ed il costituente è in colpa riguardo ad una di esse, deve pagaro il prezzo di quella che peri l'ultima *(detto art.* 1180, *secondo capov.)*.

1198. Questi principj, per altro, sono applicabili quando la scelta delle due cose appartiene al debitore, e nel tema nostro al costituente la dote. Ma quando la scelta fu accordata al creditore, si procede allora con altre regole, le quali sono stabilite dagli articoli 1181 e 1182, che non faremo cho trascrivere, astenendoci, stante la loro chiarezza, da qualunque ossservazione. » *Se una soltanto delle cose è perita, ma » senza colpa del debitore, il creditore deve ricevere quella che resta; ove il debitore sia » in colpa, il creditore può chiedere la cosa » rimasta o il prezzo della cosa perita. — » Se ambedue le cose sono perite, e il debitore è in colpa relativamente ad ambedue, o anche ad una sola, il creditore può » domandare il prezzo dell'una o dell'altra » a sua scelta (art.* 1181*)*.

» *Se le due cose sono perite senza colpa » del debitore, e prima che egli fosse in » mora, la obbligazione è estinta in conformità dell'articolo* 1298. ».

1199. Non bisogna confondere la costituzione *alternativa* colla stipulazione con la quale il costituente avesse promesso, a titolo di dote, una cosa con riserva di pagarne un altra in sua vece, per esempio, una somma di Lire 10,000, pagabile in *danaro* o in *immobili*. Qui non vi sarebbe costituzione alternativa, perchè non vi è che una cosa dovuta da colui che ha promosso la dote, cioè le Lire 10,000, — La cosa che il costituente ha la facoltà di pagare non è dovuta, ne è in *obligatione*, ma è soltanto *in facultate solutionis*, (21).

Da questa distinzione no consegue 1.° che il marito, quando si tratta del pagamento della dote, non può domandare che la cosa promessa, e non quella che il costituente potrebbe pagare in sua vece, 2.° che se la cosa perisce, il costituente rimane intieramente liberato; 3.° che la dote della donna è mobiliare o immobiliare secondochè la cosa promessa consiste in mobili o in immobili (22).

1200. Qualunquo sia la costituzione della dote, è indubitato che devo avere per subietto una cosa certa e determinata: poichè non designandosi nè l'oggetto nè la quantità non potrebbe considerarsi che como una promessa vaga di dote, cho la leggo non ammetterebbe, come

(21) POTHIER — *Des obligations n. 241.*
(22) *Benoit. n. 73.*

non l'ammette in qualunque obbligazione, (24).

1201. La costituzione è valida se si rilasci la determinazione della dote all'arbitrio di un terzo " *arbitrio boni viri.* " Però bisogna che questo terzo abbia fatto conoscere il suo giudizio avanti la celebrazione del matrimonio; espresso posteriormente sarebbe una violazione degli articoli 1382 o 1391, i quali dispongono — che i contratti matrimoniali devono essere fatti prima del matrimonio — che la dote non si può costituire ne aumentare durante il matrimonio.

1202. Come ogni altra convenzione matrimoniale, così pure la costituzione della dote deve farsi avanti il matrimonio. Lo prescrive espressamente l'articolo 1391. " *la dote non si può costituire, ne* " *aumentare durante il matrimonio.* " Celebrato il matrimonio, nè gli stessi sposi, nè chiunque altro hanno facoltà di costituirla, o di aumentarla, ancorachè l'aumento derivasse da un avvenimento indipendente affatto dalla loro volontà, come sarebbe la sopravvenienza alla donna di una successione o di una donazione. I beni che a lei prevenissero rivestirebbero la qualità di *parafernali*, ammenochè nel contratto di costituzione non fossero stati preveduti e contemplati tali avvenimenti. È in questo senso che deve intendersi il citato articolo 1391, onde conciliarne la disposizione con quella dell'articolo 1389, che permette di costituire in dote i beni *futuri* della donna.

Conseguentemente è il contratto di costituzione da cui deve desumersi se i beni sopprarvenuti alla donna restino o no affetti al vincolo della *dotalità*. Difatti, o la dote ebbe per subietto un oggetto determinato, oppure si dichiarò in termini *generici* che vi dovessero essore compresi tutti i beni della donna, ed allora i beni ad essa pervenuti posteriormente sia per successione, sia per donazione, rivestono indubbiamente la qualità di beni stradotali. — O invece si compresero nel contratto di costituzione anche i beni *futuri*, e in questo caso i beni sopravvenuti assumono necessariamente la qualità di *dotali*.

1203. Prescrivendosi nell'articolo 1391, che la dote non può costituirsi ne aumentarsi durante il matrimonio, non si è inteso colpire indistintamente di nullità le liberalità fatte a favore della donna, ma soltanto si è inteso o voluto che i beni, subietto delle liberalità, non possano rivestire la qualità di *dotali*. Qualunque denominazione si sia dato all'*atto*, qualunque condizione a cui siano state subordinate non potranno fare assumere ai beni la qualità di dotali o parafernali, se questa qualità non trova il suo punto di appoggio nel contratto di costituzione di dote.

1204. La costituzione della dote può essere fatta a *termine*, come può essere subordinata a condizioni, purchè queste non siano contrarie al buon costume, alla legge o siano impossibili ad eseguirsi. *(art. 1160)*.

1205. Stabilito il pagamento ad una epoca determinata, il termine non decorre dal giorno del contratto, ma bensì da quello del matrimonio, poichè altrimenti, potrebbe accadere che la dote divenisse esigibile primachè il matrimonio fosse stato celebrato; lo che sarebbe contrario al principio, che non può esservi costituzione valida di dote finchè il matrimonio non ha la sua esecuzione (25).

Non si potrebbe però costituire la dote per un certo tempo solamente, poichè la sua causa è *perpetua*, e la condizione si avrebbe per non scritta (26).

(24) « *Frustra existimas actionem tibi competere quasi promissa dos tibi, nec praestita* « *sit, cum neque species ulla, neque quantitas* « *promissa sit, sed hactenus nuptiali instra-* « *mento adscriptum quod ea quae nubebat do-* « *tem dare promiserit.*
Leg. 1 Cod. de dot. promiss.
— Cod. Civile *art. 1117*.

(25) *Leg. 48 ff. de jur. dot.*
(26) *Benoit. — Tom. 1 n.° 16.*

1206. Per regola il donante non è tenuto a garantire oggetti donati *(articolo 1077)*; ma questa regola riceve una limitazione in favore della dote, disponendo l'articolo 1396 che *coloro che costituiscono » una dote sono tenuti a garantire i beni » assegnati in dote. »*

La costituzione della dote, infatti non è sempre una donazione, un semplice contratto di beneficenza; è il più delle volte un contratto a titolo oneroso specialmente nei rapporti dei coniugi tra loro. D'altronde il futuro sposo o sovente ancora la futura sposa non si decidono a contrarre matrimonio che sotto la fede della costituzione di una dote che loro assicuri mezzi sufficionti per vivere, e per educare convenientemente la loro famiglia. Ecco, dunque il motivo per cui la legge obbliga il costituente alla garanzia dei beni che costituisce in dote.

1207. Le leggi Romane che annottevano tanta importanza nlla costituzione delle doti che ne consideravano la conservazione come un punto interessante il diritto pubblico, non ammettevano la garanzia che per la dote costituita dal padre o dalla moglie, inquantochè di fronte ad essi si riguardava la costituzione come una obbligazione necessaria; ma non l'ammettevano nella doto costituita dall'estraneo, perchè si riteneva come una vera e propria donazione (27).

Il nostro articolo 1396, no fa alcuna distinzione, e sottopone, in tutti i casi, coloro che costituiscono una dote alla garanzia delle cose che ne formarono l'oggetto.

Così, o siano il padro, la madre, od altri ascendenti, o siano gli estranei che costituiscono una dote, la garantia è sempre dovuta. Anche la donna stessa cho si è costituita una dote, rimano a ciò obbligata, e la garanzia si esercita sopra i di lei beni parafernali (28).

(27) *Leg. 1 Cod. de jur. dot.*
(28) *Detta Leg. 1.*

1208. La garanzia dolla dote è dovuta tanto al marito che alla moglie, e l'azione relativa può esercitarsi durante il matrimonio, ed ancora dopo la morte del marito. Difatti, essendo la dote destinata a sostenere i pesi del matrimonio, ha ancora per scopo di assicurare alla moglie ed ai figli una esistenza onesta dopo la morte del marito, poichè per la morte di questi gli oneri derivanti dal matrimonio non cessano, anzi aumentano quasi sempre mentre diminuiscono le risorse della donna la quale priva della industria del marito che ha perduto, non resta meno aggravata dovendo provvedere ai suoi bisogni personali ed a quelli dei figli (29).

1209. L'articolo 1396, enuncia soltanto il principio — che i costituenti la dote sono obbligati a garantirla. — Per risolvere quindi le questioni che possono nascere in proposito, bisogna ricorrere alle disposizioni del Codice sopra le garanzie ordinarie. L'articolo 1396, necessariamente vi si riferisce.

1210 Sono principi fondamentali della garanzia in caso di evizione: 1.° Che meno un patto in contrario il venditore è tenuto di diritto a garantire il compratore della evizione che lo priva di tutto o di parte della cosa venduta *(art. 1482, 1483)*. 2.° Che nella stipulata esclusione della garanzia, il venditore non rimane esonerato da quella resultante da un fatto suo personale *(art. 1484)*; 3.° Che esclusa per patto la garanzia, il venditore, nel caso che siasi verificata la evizione, è tenuto nlla restituzione del prezzo *(art. 1485)*; 4.° Che so la garanzia fu promessa, o nulla fu stipulato per tale oggetto, il compratore evitto ha diritto di domandaro al venditore — la restituziono del prezzo — quella dei frutti — le spese — i danni. *(art. 1486)*.

1211. Applichiamo questi principi alla costituziono della dote.

1212. Obbligati per legge i costituenti

(29) *Benoit. n.° 80.*

a garantire i beni assegnati in doto, essi non possono esimersi da questa obbligazione se la garanzia non è stata esclusa nel contratto di costituzione. Ma questo patto non potrebbe estendersi fino al punto di esimerli dalla garanzia per la evizione resultante dal loro fatto personale. Sarebbe un patto contrario alla buona fede, ed ai buoni costumi, e che la legge colpirebbe di nullità *(art. 1484)* (30).

Però non sarebbe dovuta garanzia al marito se la donna si fosse fatta una costituzione generale dei beni *presenti*, perchè non essendovi niente di determinato dovrebbe ritenersi che la medesima siasi costituito in dote ciò che aveva, non ciò che poteva andare soggetto ad evizione (31).

1213. Se la dote consiste in beni immobili, e questi furono *costituiti* senza stima, verificatasi la evizione dei medesimi, il marito ha diritto di ripeterne il prezzo da stabilirsi di comune accordo, o dalla autorità giudiziaria nei modi prescritti dalla legge.

Ma se gli immobili furono costituiti con *stima*, saranno i coniugi obbligati di ricevere il prezzo determinato nel contratto, oppure potranno domandare una nuova stima per periti ?....

È certo per il disposto dell'articolo 1489 che se la cosa venduta sia aumentata di prezzo, al tempo della evizione, anche indipendentemente dal fatto del compratore, il venditore è tenuto a pagargli ciò che supera il prezzo della vendita. Applicando questa regola al caso proposto non è a dubitarsi che i coniugi *evitti* non abbiano diritto di ottenere il prezzo maggiore che l'immobile aveva al tempo della evizione. E se ciò è, non può certamente negarsi ai coniugi, in qualunque caso, la facoltà di domandare che sia fatta per mezzo dei periti una nuova stima del fondo, perchè come dice Ulpiano » *non simplex venditio sit, sed dotis* » *causa* » (32). Ed appunto il favore della causa dotale è quello che da diritto ai coniugi di conservare tutti i vantaggi, tutti i profitti che ritraevano dal fondo evitto, e conseguentemente anche quello di domandare una nuova stima quando credono che il valore originario abbia subito delle modificazioni a loro vantaggio.

1214. La dote è produttiva di interessi. Ecco quanto stabilisce su ciò l'articolo 1397. « *Gli interessi della dote decorrono di diritto dal giorno del matrimonio* » *contro coloro che l'hanno promessa, quantunque siasi pattuita una dilazione al pagamento, se non vi è stipulazione in contrario.* »

E questa, come ben si rileva, una eccezione al principio generale — che gli interessi di una somma dovuta non sono legittimi che per il ritardo al pagamento — *(art. 1231)*. — Non parleremo della giustizia di tale *eccezione*. La legge non ha avuto di mira che il favore della dote; e poichè la *dote* è inerente al matrimonio pel quale è stata promessa o pagata, così ha ritenuto che gli interessi debbano incominciare a decorrere colla causa che gli produce. — Questa è la ragione della disposizione che fa decorrere gli interessi di *pieno diritto*, cioè senza bisogno di interpollazione giudiziale, e quantunque si sia pattuito una dilazione al pagamento. — I costituenti possono provvedere al loro interesse con una stipulazione contraria: la legge glie ne accorda la piena e libera facoltà.

1215. La disposizione del citato articolo 1397 è applicabile chiunque sia il *costituente*. Così se è la donna che ha costituito la dote, essa è obbligata a pagare gli *interessi* dal giorno del matrimo-

(30) « *Illud non probabis, dolum non esse* « *praestandum, si convenerit; nam haec con-* « *ventio contra bonam fidem, contraque bonos* « *mores est, et ideo nec sequenda est.* »

Leg. 1 § 7 ff. deposit. vel contr.

(31) *Duranton — Tom. 15 n.° 374.*

(32) *Leg. 16 ff. de jur. dot.*

nio, comunque non sia venuto il tempo del pagamento, poichè non si fa a questo riguardo veruna distinzione.

1216. Gli interessi, sebbene stipulati, cesserebbero di essere dovuti se, per esempio, il padre *costituente* avesse somministrato gli alimenti alla donna: imperocchè non essendo *principalmente* obbligato a tale prestazione *(art. 142)*, verrebbe a crearsi a di lui favore un credito compensabile fino alla concorrente quantità con quello degli interessi (33).

1217. Due parole sù i *lucri dotali* (34).

1218. Fra le convenzioni che il nostro Codice permette ai coniugi di stipulare nel contratto di matrimonio vi è quella di pattuire un lucro sull'importare della *dote* in favore del coniuge sopravvivente, e di stabilirne l'ammontare. Ma vi occorre un patto espresso, altrimenti non è dovuto alcun *lucro*. È ciò che rosulta dall'articolo 1398 « *nel contratto di matrimo-* » *nio possono gli sposi pattuire un lucro* » *sull'importare della dote in favore del co-* » *niuge sopravvivente.* »

1219. Se gli sposi non hanno pattuito diversamente, il lucro si devolve in proprietà al coniuge sopravvivente se non vi sono discendenti del coniuge premorto, e nel caso contrario in semplice usufrutto *(art. 1398 1.° capov.)*

Alla non esistenza dei discendenti è parificabile la loro *renunzia* alla eredità dell'ascendente premorto, perchè viene a cessare allora l'unico motivo per cui il lucro dotale è limitato all'usufrutto, e deve ritenersi consolidata nel coniuge la proprietà di questo lucro (35).

1220. Questo lucro non può convenirsi sulla dote che viene da altri costituita od aumentata durante il matrimonio, ne può mai recar pregiudizio agli eredi aventi diritto a porzione legittima *(detto art. 2.° capov.)*

1221. È da avvertirsi ancora che il coniuge erede dall'altro deve imputare nella sua quota di successione i lucri dotali pattuiti nel contratto di matrimonio. *(art. 755 820 capov.)*

CAPITOLO TERZO

—

Dei diritti del marito sopra i beni dotali.

SOMMARIO

---

(33) « *In domum absentis uxore deducta,* « *nullis in eam interea ex bonis viri sumpti-* « *bus factis, ad exhibitionem uxoris promis-* « *sas usuras reversus vir improbe petit.* »
Leg. 69 § 3 ff. de jur. dot.

(34) Le antiche costumanze della maggior parte delle provincie d'Italia accordavano al marito, indipendentemente da qualunque convenzione, il diritto di ottenere, nel caso di premorienza della moglie una quota della di lei dote a titolo di *lucro dotale*. — Queste costumanze vennero in parte sanzionate dalla legge Toscana del 15 Novembre 1814. (*Tit. delle persone alle quali non è permesso di fare testamento N. 5.)*, e dal Codice Sardo (*art. 1529*), disponendo, la prima, che la metà della dote apparteneva al marito a titolo di *lucro*, quando la moglie fosse premorta senza figli del comun matrimonio: ed il secondo, che se nel contratto di matrimonio non era stata fatta particolare convenzione riguardo ai lucri dotali, si intendeva stabilito un lucro reciproco del terzo dell'ammontare della dote in favore del coniuge sopravvivente in proprietà o in usufrutto secondochè esistessero o non esistessero figli.

(35) *Corte d'appello di Torino, 14 Aprile 1868. — Lopez. c. Bruneri (Annal. di G. P. It. 1868 P. 2 col. 277.)*

1222. I diritti del marito sopra i beni dotali possono essere secondo le circostanze, o quelli del proprietario, o quelli dell'amministratore o quelli dell'usufruttuario.

A.

1223. Per le leggi Romane, la *stima* dei beni costituiti in dote produceva lo effetto di trasferirne la proprietà nel marito; proprietà piena ed irrevocabile allorchè la dote consisteva in cose *fungibili*, o in cose mobili o immobili trasmesso in via di vendita: proprietà limitata se le cose dotali erano state trasferite senza stima, o se la stima era stata fatta semplicemente » *taxationis causa* » (36).

(36) *Leg. 10 in princ. e § 5.*
— *Leg. 42. — Leg. 75 ff. de jur. dot. — Leg. unic. Cod. de rei uxor. action.*

1224. Seguendo in parto questi principj il Codice nostro stabilisce: 1.° Che » *se la dote o parte di essa consiste in cose mobili stimate nel contratto di matrimonio, senza la dichiarazione che tale stima ne produce la vendita, il marito ne diviene proprietario e non è debitore che del prezzo loro attribuito* » (*art.* 1401); 2.° Che » *la stima dell'immobile costituito in dote non ne trasferisce la proprietà al marito senza una espressa dichiarazione.* » (*art.* 1402).

Dunque se si tratta di cose mobili, la *stima* produce l'effetto di trasferire la proprietà nel marito; so si tratta di immobili la sola *stima* non basta, e vi occorre una dichiarazione espressa.

Ciò posto scendiamo ad esaminarne singolarmente le conseguenze.

1225. Dal fatto che i beni mobili sono stati costituiti in dote dietro *stima* presume la legge che sia stata volontà delle parti di trasferirne la proprietà nel marito: questa presunzione non può essere distrutta che da una dichiarazione in contrario, e come dice l'articolo 1401 » *dalla dichiarazione che tale stima non ne produce la vendita,* » poichè in questo caso apparisce che la stima non ebbe altro oggetto se non se di accertaro semplicemente la quantità ed il valore dei mobili.

1226. Divenondo il marito proprietario dei mobili stimati, egli ne può disporre liberamente, no rimane obbligato che alla restituzione del prezzo nei casi stabiliti dalla legge.

1227. Ma se le cose mobili *stimate* si reputano vendute al marito e trasferite nella di lui proprietà, certo si è che i mobili costituiti senza alcuna stima o colla dichiarazione che la stima non ne produce la vendita, rimangono esclusivamente nella proprietà della moglie; il marito non può disporne, e solo ha il diritto di servirsene a tutti gli usi per i quali sono destinati, salvo a farne la restituzione sciolto che sia il matrimonio.

Una limitazione per altro a questa regola si verifica quando si tratta di cose *fungibili*, come derrate, commestibili e simili. Siccome queste cose non sono date al marito che per usarne ciò che non potrebbe fare senza consumarle o venderle, così egli ne diviene proprietario assoluto dal giorno del matrimonio: queste cose sono a suo carico e può disporne a piacimento, salvo a farne la restituzione nella stessa quantità, qualità e valore (37).

1228. Gli immobili, benchè costituiti in dote dietro stima, non trapassano nella proprietà del marito se ciò non è stato espressamente dichiarato *(art. 1402)*. Il marito quindi non ha altro diritto che di amministrarli e perciperne le rendite.

Ma se fu dichiarato che la stima trasferisce la proprietà nel marito viene allora a formarsi tra esso ed il costituente un vero e proprio contratto di vendita (38); per cui se quei beni, durante il matrimonio, aumentano o diminuiscono, il vantaggio o la perdita stanno ad intiero carico del marito, che è il vero e solo proprietario, ma che per altro rimane obbligato a restituire il prezzo intiero della stima sciolto che sia il matrimonio.

B.

1229. Le attribuzioni che la legge conferisce al marito come amministratore dei beni dotali non sono quelle di un amministratore ordinario incaricato semplicemente di provvedere al mantenimento dei beni, e di prepararne e raccoglierne i frutti. I di lui diritti si aggirano sopra scala più vasta in modo da poterlo riguardare, fino ad un certo punto, quale padrone della dote (39). Infatti, l'art. 1399 mentre dichiara che il marito ha l'amministrazione della dote durante il matrimonio, aggiunge poi che egli solo ha » *il* » *diritto di agire contro i debitori e de-* » *tentori della medesima di riscuoterne i* » *frutti e gli interessi, e di esigere la re-* » *stituzione dei capitali,* » cose tutte che, come bene si intende, eccedono i limiti di una semplice amministrazione.

1230. Queste attribuzioni costituiscono un diritto esclusivo del marito, ed il citato articolo 1399 stabilendo che egli *solo* ha l'amministrazione della dote ed il diritto di agire contro i debitori e detentori della medesima, rifiuta chiaramente l'esercizio di queste facoltà alla moglie durante il matrimonio. Quindi se essa, azionasse i debitori e detentori per ottenere il pagamento della dote, o procedesse ad esecuzioni contro di loro, dovrebbe dichiararsi *irricevibile* nelle sue domande perchè mancante di qualità ad esercitare tali azioni.

1231. Nè a legittimare gli *atti* della moglie varrebbe il patto stipulato nel contratto di matrimonio, col quale essa si fosse riservata l'amministrazione dei beni costituiti in dote. Questo patto sarebbe di niuno effetto perchè in opposizione cogli attributi della autorità maritale.

Ciò che potrebbe stipularsi, e di cui la donna potrebbe domandare la esecuzione sarebbe che essa ricevesse » *annual-* » *mente, sopra semplice quitanza, una parte* » *delle rendite dotali per le sue minute spe-* » *se, e pei bisogni della sua persona* » *(articolo* 1399, 2.° *capov.)*. Imperocchè con questo patto, in niente si vulnera l'autorità del marito, e solo si riserva a favore della moglie una quota delle rendite do-

(37) « *Res in dotem datae quae pondere nu-* « *mero, et mensura constant, mariti periculi* « *sunt, quia in hoc dantur, ut aesmaritus ad* « *arbitrium suum distrahat; et quandoque* « *soluto matrimonio, ejusdun generis et qua-* « *litatis alias restituat vel ipse, vel heres e-* « *jus.* » Leg. 42 ff. de jur. dot.

(38) *Cum dotem te aestimatam accepisse pro-* « *fitearis, apparet jure communi per pactum,* « *quod doti insertum est, format. contractu,* « *ex empto actionem esse.* » Leg. 10 Cod. de jur. dot.

(39) Leg. 21 § 4 ff. ad municipal. « *Idem respondit, constante matrimonio, dotem in bonis mariti esse.* »

— Leg. 7 § 3 ff. de jur. dot.

tali, lo che porta alla stessa conseguenza di avere costituito in dote una quantità minore di beni,

1232. Ma sarebbero valide le *esecuzioni* fatte dalla moglie contro i debitori e detentori della dote dietro autorizzazione del marito?...

La donna che esercita, in questo caso, le azioni dotali non le esercita certamente per proprio conto, perchè la legge non gliene attribuisce il diritto: essa necessariamente le esercita per interesse del marito. L'autorizzazione concessa non può intendersi diretta ad altro oggetto, altrimenti bisognerebbe ammettere che il marito potesse renunziare alle prerogative della sua autorità, lo che non è permesso dalla legge. Dunque l'autorizzazione maritale non può produrre altro effetto che di costituire la moglie qual mandataria e procuratrice del marito. Ora se la donna, può assumere la qualità di mandataria di un estraneo, quando vi concorra l'autorizzazione del marito *(art.* 1743*)*, niente può ostare che essa assuma questa qualità a riguardo del marito stesso.

È vero che l'articolo 1399 accorda al solo marito di agire contro i debitori; ma ciò non vuol dire altro che la moglie non ha questo diritto, ma non esclude che il marito possa affidargliene l'esercizio.

Riteniamo pertanto che le esecuzioni fatte dalla moglie dietro autorizzazione del marito sono valide ed efficaci.

1233. La legge conferisce al marito l'esercizio di tutti i diritti ed azioni relative alla dote, o si tratti di ottenere il pagamento della medesima, o si tratti di esigere la restituzione dei capitali, o si tratti di richiederne i frutti e gli interessi.

1234. L'azione in pagamento della dote ha per oggetto il ritiro delle somme promesse, o la consegna delle cose costituite.

1235. Se subietto della dote è un *immobile*, il debitore non si libera validamente se non se consegnando lo stesso ed identico immobile. Il marito non solo non può esser costretto a ricevere un *fondo* diverso, benchè il valore sia uguale o maggiore di quello costituito, ma neppure col di lui consenso potrebbe legittimarsi la sostituzione, opponendovisi il principio della *inalienabilità* della dote proclamato dall'art. 1405. Per render valido il cambiamento bisognerebbe che fossero adempite le formalità prescritte per una permuta cioè che vi concorresse il consenso della moglie e l'autorizzazione del tribunalo *(articolo* 1405, 1406.*)*

1236. Costituiti in dote dei beni *indivisi* potrà il marito, senza il concorso della moglie domandare in giustizia la divisione di questi beni?...

Le leggi Romane risolvevano questa questione negativamente (40), e tale risoluzione, pare a noi, sia da adottarsi di fronte alle disposizioni del nostro Codice.

La divisione dei beni non è in sostanza che una specie di alienazione. Ora l'articolo 1405 proibisce l'alienazione della dote delle ragioni dotali senza il consenso della moglie e l'autorizzazione del tribunale. Dunque, la conseguenza è logica, il marito non può domandare la *divisione* senza l'adempimento delle formalità prescritte.

È vero che ad esso è concesso il diritto di agire contro i debitori (art. 1399), ma questo diritto non può nè deve pregiudicare all' interesse della moglie, interesse che la legge intende appunto garire prescrivendo che le ragioni dotali non possono essere alienate senza il di lei consenso e l'autorizzazione del tribunale.

1237. Se la dote è stata costituita in una somma di danaro, se ne deve effettuare il pagamento nel modo pattuito. Chiunque sia il costituente non potrebbe dispensarsi da quest' obbligo offrendo di consegnare degli immobili; il marito a-

(40) Leg. 18 § 2 ff. Castrens. pecul.

— Leg. ult. Cod. de fund. dot. « *Mariti, qui* « *fundum communem cum alio in dotem inae-* « *stimatum acceperunt, ad communi dividun-* « *do judicium provocare non possunt, licet* « *ipsi possint provocari.* »

vrebbe tutto il diritto di rifiutarli, e di procedere anche alla spropriazione dei beni del costituente medesimo fino alla concorrente quantità della somma costituita, perchè è certo che il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta *(art. 1245)*.

Ugual diritto competerebbe al marito anche quando fosse la moglie quella che avesse costituita la dote. La legge non fa eccezione in favore di alcuno, e la moglie, allorchè si tratta del pagamento della doto rimane sottoposta agli stessi obblighi di qualunque altro costituente (41).

1238. Dipende esclusivamente dal marito di ricevere il pagamento della dote in beni immobili anzichè in danaro come era stata promessa. La moglie non ha in ciò veruno interesse, poichè quelli immobili non divengono dotali a norma di quanto stabilisce l'articolo 1403. Dessi costituiscono con acquisto del marito il quale rimane debitore della somma costituita in dote.

1239. Altro però sarebbe a dirsi se nel contratto di matrimonio fosse stata stipulata la condizione dell'impiego della somma costituita. In questo caso gli immobili ricevuti in sostituzione divengono dotali. È questa la eccezione alla regola stabilita nel citato articolo 1403 » *l'immobile acquistato col danaro dotale non » diviene dotale se non quando nel contratto » di matrimonio sia stata stipulata la con- » dizione dell'impiego. — Lo stesso ha luo- » go relativamente all'immobile dato per pa- » gamento della dote costituita in danaro.* »

1240. Se non è stabilito un termine, il marito ha diritto di esigere la dote appena celebrato il matrimonio poichè è da quel giorno che egli devo sopportarne i pesi. Per esimersi dal pagamento il costituente non potrebbe accamparo l'errore (42); ptrebbe però opporre la compensaziono se la dote fosso stata costituita in danaro o in cose fungibili, e se il marito fosse di lui debitore certo e liquido, perchè trattandosi di danaro o di cose fungibili, il marito ne diviene proprietario della celebrazione del matrimonio (43).

1241. Morto il costituente l'azione in pagamento della dote si dirige contro gli eredi, i quali sono tenuti a questo pagamento *personalmente* in proporzione della loro quota, ed *ipotecariamente* per l'intiero come per gli altri debiti della successione *(art. 1209.)*

1242. Il solo marito può rilasciare validamente *quietanza* della dote: è questa una conseguenza immediata del diritto che egli ha di agire contro i debitori e detentori dei beni dotali *(art. 1399.)*

1243. Non contenendo il Codice alcuna disposizione speciale è da ritenersi che l'azione in pagamento della dote si prescriva col decorso di trent'anni, inquantochè è questa la prescrizione ordinaria per tutte le azioni reali e personali *(art. 2135.)*

1244. Indipendentemente dal diritto che ha il marito di ottonere la consegna della dote, il medesimo ha ancora quello di esigere dai debitori delle somme *costituite* il rimborso di tutto ciò che essi devono in capitale ed interessi *(art. 1399.)* Se sorgono difficoltà a cagione di questi rimborsi, o se i debitori si rifiutano di pagare, egli solo ha facoltà di agire e di difendersi. Esso è il rappresentante legale della moglie ciò che viene giudicato con lui si intende giudicato con la moglie.

C.

1245. Dopo avero esaminati i diritti e le azioni che il marito può esercitare contro i debitori e detentori dei beni dotali, ci resta a parlare dei diritti che la legge gli accorda sopra questi beni.

1246. È fuori di dubbio che il marito ha il godimento di tutte le rendite e

(41) *Benoit. — De la Dot. Tom. 1 n.° 111.*

(42) *Vedi — Leg. 9 § 1 ff. de cond. caus. non sec.*

— Leg. 5 § 5 ff. de dol. mal. et met. except.

— Leg. 78 § 5 ff. de jur. dot.

(43) *Benoit. — n 115.*

frutti della dote. Questo diritto se non è stabilito in modo esplicito, è però necessariamente riconosciuto dalla legge come resultante dalla natura stessa della dote. Di fatti, se i frutti e gli interessi della dote sono destinati a sopperire ai pesi del matrimonio, il diritto di esigerli e riscuoterli concesso al marito dall'*art.* 1399, comprende necessariamente la facoltà di farli propri e di erogarli per il fine al quale sono destinati.

1247. Ma questo godimento dei beni dotali è esso un vero e proprio diritto di usufrutto?...

Toullier opina che i diritti del marito sopra i beni dotali non costituiscono un vero usufrutto, perchè l'usufrutto è uno smembramento della proprietà, mentre i diritti del marito sulla proprietà sono puramente mobiliari. (44)

Proudhon sostiene invece che il diritto del marito costituisce un diritto di usufrutto per la ragione speciale, che anche l'usufrutto non consiste che nel godimento della cosa altrui. (45)

Di fronte per altro alle disposizioni del nostro Codice, può ritenersi fondatamente che il diritto di godimento del marito non è un vero e proprio usufrutto, ma bensì un diritto che vi si avvicina sotto alcuni rapporti, che se ne allontana sotto altri; è in sostanza un diritto *sui generis* avente un carattere proprio e particolare. Ciò resulta chiaramente se si riflette — che il marito ha il diritto di esigere la restituzione dei capitali *(art.* 1399*)*, mentre l'usufruttuario non può godere che dei prodotti della cosa *(art.* 459*)* — che l'usufruttuario può cedere per qualsivoglia titolo oneroso o gratuito l'esercizio del suo diritto *(art.* 492*)*, ma non lo può il marito essendo le rendite della dote destinate a sopperire ai pesi del matrimonio *(art.* 1388*)* — che l'usufrutto dei beni che sono in commercio è suscettibile di ipoteca *(art.* 1967*)*, ma non può esserlo il diritto di godimento del marito perchè la dote, essendo inalienabile, deve ritenersi cosa fuori di commercio.

1248. Ciò premesso scendiamo a conoscere come il marito eserciti i diritti che gli vengono attribuiti.

1249. Il marito, dice l'articolo 1399, ha diritto di riscuotere » *i frutti e gli* » *interessi e di esigere la restituzione dei* » *capitali.* » È un principio conforme alla equità poichè è giusto che, sopportando gli oneri, debba godere esclusivamente dei frutti della dote (46).

1250. Ciò non ostante la legge permette di stipulare nel contratto di matrimonio che la moglie debba ricevere annualmente una parte delle rendite dotali per le sue minute spese e per i bisogni della sua persona *(art.* 1399, 2.° *capov.)*

Non vi è nessuna difficoltà per dedurre all'atto questo patto di *riserva* quando sia stata determinata la quantità o la qualità delle rendite che ne devono formare il subietto; ma quando non sia stato espresso sù quali rendite debba cadere, si presenta allora la questione di sapere se sia nel diritto della moglie di reclamare certe rendite piuttostochè certe altre; questione, d'altronde, che non potrebbe risolversi all'appoggio di disposizioni speciali di legge ma soltanto secondo le circostanze, avvertendo che i carichi della famiglia ed il mantenimento dei figli devono essere preferiti ai bisogni personali della moglie.

È certo però che il marito non potrebbe domandare la riduzione di questa *riserva*, ancorachè fosse tale da impedirgli

(44) *Le droit Francais Tit. 5 du contrat. du mariag. n. 131 e seg.*

(45) *Traitè — des droits d' usufruit et d'usag. — Tom. 1 n. 118.*

(46) « *Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit; cum enim* « *ipse onera matrimonii subeat aequm est etiam* « *fructus percipere.* » Leg. 7 ff. de jur. dot.

di supplire agli oneri del matrimonio, perchè le convenzioni matrimoniali sono immutabili. Gli competerebbe per altro il diritto di fare fissare dai tribunali la somma fino alla concorrenza della quale la moglie dovesse, su tale riserva, contribuire agli oneri della famiglia *(art. 138.)*

1251. Generalmente sotto la denominazione di frutti si comprende tuttociò che viene prodotto dalla forza interna della cosa o per occasione della medesima (47). Di qui la nota distinzione di frutti *naturali, industriali e civili.*

Diconsi *naturali* i frutti che sono il prodotto spontaneo della terra. — *Industriali* quelli che si ottengono per la coltura o per una industria particolare. — *Civili* quelli che si percipiscono per occasione della cosa.

1252. Il diritto del marito si estende a qualunque frutto di cui la cosa dotale sia suscettibile, ma non può esercitarlo che dal giorno della celebrazione del matrimonio perchè è soltanto da quel giorno che incomincia a sopportarne gli oneri; ne consegue quindi che i frutti percetti avanti la celebrazione non si acquistano a lui ma vanno ad aumentare il capitale dotale (48).

Non tracciando il Codice veruna regola sul modo di percezione di questi frutti, esso non può desumersi che dalla natura e dalla qualità dei beni costituiti in dote.

1254. Abbiamo già detto *(n.° 1224 e segg.)* che i beni mobili costituiti in dote dietro *stima* trapassano nella proprietà del marito, come vi trapassano le cose *fungibili*. Non è quindi su questi beni che può parlarsi di percezione di frutti: il marito ne può disporre a suo piacimento, e solo rimane obbligato a rappresentarne il valore nei casi in cui si faccia luogo alla restituzione della dote. Il diritto dunque di godimento non può esercitarsi che su quelli costituiti in dote senza *stima*, e la proprietà dei quali rimane nella moglie.

1255. A riguardo di questi mobili *inestimati* l'esercizio del diritto di godimento si riduce *all'uso*, uso che il marito ha insieme colla moglie.

Se tali mobili si sono consumati coll'uso e senza colpa del marito, esso non è tenuto che a restituire i rimanenti e nello stato in cui si trovano *(art. 1411)*.

Ne consegue — che deve rappresentare il valore dei mobili che sono deperiti o consumati per di lui colpa — che non è risponsabile della colpa dei figli, dei domestici o degli estranei; esso non è risponsabile che della colpa propria, ed incombe a coloro che l'allegano di giustificarla — che se degli oggetti siansi perduti senza sapere per colpa di chi, la perdita sta carico della moglie come proprietaria *(arg. art. 1298)*. — che il marito non può vendere ne donare questi mobili — che i di lui creditori non possono esercitarvi alcun diritto.

1256. Proseguiamo nell'esame dei diritti competenti al marito sopra i beni dotali.

1257. Costituita in dote una mandra o gregge, il marito ha diritto a tutto ciò che può produrre (49). Se questa mandra o questo gregge perisce intieramente senza di lui colpa, egli non è obbligato verso la moglie o suoi eredi che a rendere conto delle pelli o del loro valore; se poi non perisce intieramente è tenuto a surrogare gli animali periti fino alla concorrente quantità dei nati dopochè la mandra o il gregge cominciò ad esser mancante del numero primitivo *(art. 513)*.

1258. Quando nei beni dotali siano compresi alberi di alto fusto, o dei boschi, l'esercizio del diritto di godimento nel marito è subordinato alle seguenti rego-

(47) *Leg. 9 ff. de usufr. quemad. quis utat. — Leg. 36 ff. de usur. et fruct.*

(48) « *Si fructus constante matrimonio percepti sunt dotis non erunt, si vero ante nuptias percepti fuerunt in dotem convertuntur.* » Leg. 7 § 1 ff. de jur. dot.

(49) *Leg. 10 § 3 ff. de jur. dot.*

le, che il Codice stabilisce in materia di *usufrutto*, e che per espressa disposizione dell'articolo 1408, devono applicarsi anche in materia di dote.

1.° Il marito non può prevalersi degli alberi di alto fusto salvochè si tratti di alberi sparsi per la campagna, i quali per consuetudine locale siano destinati ad essere periodicamento tagliati *(art. 487)*. — Se questi alberi siano svelti o spezzati per accidente, appartengono al medesimo, però ad una condizione, cioè, che ne surroghi altri (art. 490): non adempiendo a quest'obbligo, esso è tenuto a rappresentarne il valore nei casi in cui si faccia luogo alla restituzione della dote (50).

2.° Se si tratta di boschi *cedui*, il marito se ne può prevalere, osservando l'ordine e la quantità dei tagli giusta la distribuzione dei medesimi o la pratica costante dei proprietari. — Ugualmente, osservando però sempre le epoche e le pratiche dei precedenti proprietari, è nel diritto di approfittare delle parti di bosco di alto fusto, tanto che siano stati distribuiti in tagli regolari, quanto si facciano questi tagli sopra una certa quantità di terreno o sopra una determinata quantità di alberi presi indistintamente in tutta la superficie del fondo *(art. 485, 486)*.

3.° Può il marito prendere pali nei boschi per le vigne comprese nei beni dotali, ma non già per quelle che possieda in proprio: anche nell'esercizio di questo diritto deve osservare l'uso del paese o la pratica dei proprietari *(art. 489)*.

4.° Può valersi dei piantoni dei semenzai esistenti nei fondi dotali, purchè osservi gli usi locali tanto circa il tempo e modo della estrazione quanto per la rimessa dei virgulti *(art. 491)*.

1259. Se nei fondi dotali esistono miniere, cave, o torbiere il marito ne ha il godimento se erano aperte ed in esercizio al tempo in cui incominciò in esso il diritto di percipere i frutti; ma se non lo erano egli non vi ha alcun diritto. È questa la regola stabilita dall'articolo 494, regola che trova il suo appoggio nelle disposizioni del diritto Romano (51).

1260. Il tesoro scoperto nei beni dotali durante il matrimonio non appartiene al marito, perchè non è compreso nei frutti di cui egli ha diritto di godere (52). Solo potrebbe aver diritto alla metà del medesimo quando ne fosse stato l'inventore *(art. 494, 714)*.

1261. Il marito non solo gode dei frutti naturali ed industriali, ma, come abbiamo già accennato, gode ancora dei frutti civili, di quei frutti cioè che si percepiscono per occasione della cosa, come pigioni di stabili, interessi di capitali e simili. Questi frutti però non si acquistano nello stesso modo. Se si tratta di frutti *naturali* non ancora separati dalla cosa che gli produce al momento in cui incomincia nel marito il diritto di perciperli, questi frutti appartengono a lui: appartengono poi alla moglie o ai di lei eredi i frutti che non sono separati allorchè si verifica il caso della restituzione della dote *(art. 480)*. — Quanto ai frutti civili si intendono acquistati giorno per giorno, ed appartengono al marito in proporzione della durata del suo diritto di usufrutto *(articolo 481)*.

1262. Allorchè la dote ha per oggetto un fondo di commercio, e che le mercanzie che lo compongono sono state *stimate* nel contratto di matrimonio senza dichiarazione che la stima non importa vendita, i diritti del marito sono certi e determinati; egli divieno proprietario del fondo di commercio e, sciolto il matrimonio, non è tenuto che alla restituzione del prezzo stabilito nel contratto.

(50) *Leg. 7 § 12 ff. solut matrim.*

(51) « *Si fundus in dotem datus sit, in quo* « *lapis caeditur lapidicinarum commodum ad* « *maritum pertinere constat, quia palam sit* « *eo animo dedisse mulierem fundum ut iste* « *fructus ad maritum pertineat, nisi si con-* « *trariam voluntatem in dote danda declara-* « *verit mulier.* » Leg. 8 ff. solut matrim.

1163. Se gli oggetti del commercio consistono in cose *fungibili*, come olio, grano, vino, ecc. la regola da osservarsi è la medesima che per le cose *stimate* nel contratto, cioè, il marito diviene proprietario coll'obbligo però di restituire detti generi nella stessa quantità o qualità, sciolto il matrimonio.

1264. Ma se le mercanzie consistono in *seterie, nuovità* o simili, senza che se ne sia stipulata la stima, e soltanto sia stato detto dal costituente che dava in dote a sua figlia il *fondo* di commercio, il marito deve essere considerato come proprietario delle medesime non in modo assoluto ed indefinito da avere facoltà di venderle o non più rappresentarne il valore, ma in modo che, dopo lo scioglimento del matrimonio, sia obbligato a restituire mercanzie simili a quelle che componevano il fondo di commercio, o la loro *stima* (53)

CAPITOLO QUARTO

—

Delle obbligazioni del marito a riguardo dei beni dotali.

SOMMARIO.

1265. Obbligazioni del marito — generali — speciali.
1266. Cauzione.
1267. 1268. Interpetrazione degli articoli 00 1969 del Codice.
1269. 1270. Ipoteca legale.
1271. Il marito è responsabile delle prescrizioni incorse.
1272. Deve godere da buon padre di famiglia.
1273. 1274. Obblighi speciali.
1275. Inventario dei mobili — descrizione dello stato dei beni immobili.
1276. Riparazioni.
1277. Il marito deve sopportare gli oneri che sono inerenti all'usufrutto.
1278. 1279. 1280. Se sia obbligato al pagamento dei debiti ipotecari — distinzione.
1281. Quid, se nel contratto di matrimonio fù stipulata l'alienabilità della dote.
1282. 1283. 1284. Spese.

1265. Se i diritti del marito sopra i beni dotali sono estesi, non lo sono meno i suoi doveri. La legge non lo costituisce padrone della dote per perciperne solamente i frutti, ma ancora perchè ne mantenga salva ed intatta la sostanza: conseguentemente le di lui obbligazioni possono, a parer nostro, dividersi in *generali* e *speciali*: *generali* in quanto tendono ad assicurare e garantire la integrità della dote; *speciali* in quanto pongono un freno all'esercizio abusivo che il marito intendesse fare dei diritti che gli sono attribuiti.

1266. Prima fra le obbligazioni *generali* si è la *cauzione* per la conservazione e restituzione della dote. Ma la prestazione di questa cauzione non è un obbligo assoluto; il marito non vi è tenuto se non quando sia stato ciò pattuito espressamente nel contratto di matrimonio " *il* " *marito non è tenuto a dare cauzione per* " *la dote che riceve se non vi è stato ob-* " *bligato nell'atto di costituzione dotale.* " *(art.* 1400*)*.

Però, dalla mancanza di questo patto speciale non deve concludersi che sia libero il marito di disporre a piacimento delle cose dotali. Nè certamente, inquantochè si verrebbe così a distruggere la natura ed il carattere della dote, e si paralizzerebbe il fine per quale è stata destinata. Il marito, alla pari di qualunque altro usufruttuario, rimane personalmente obbligato a conservare la sostanza delle cose dotali.

1267. Ma qui sorge una difficoltà. A norma del citato articolo 1400 il marito non è tenuto a prestare cauzione, se non quando ciò sia stato espressamente stipulato nel contratto di costituzione. A nor-

(52) *Leg. 7 § 12 ff. eod.*
(53) *Benoit. — n.° 162.*

ma invece, dell'articolo 1969 compete alla moglie la ipoteca *legale* su i beni del marito, e così indipendentemente da qualunque patto, non solo per la dote ma ancora per i lucri dotali. — Ora come si concilia la esonerazione dalla cauzione, nella mancanza di un patto speciale, ed in pari tempo il diritto di ipoteca a favore della moglie ?.....

Noi crediamo che l'articolo 1400, parlando di cauzione, abbia inteso parlare di cauzione pignoratizia o fidejussoria secondo il senso che a questa parola viene attribuito dal diritto Romano (54), e che le viene del pari attribuito dagli articoli 329 e 330 del Codice di procedura civile, ma che non abbia inteso comprendervi la garanzia che può darsi mediante ipoteca.

Così essendo, la ragione della dispensa dal prestare cauzione resulta chiaramente. È un omaggio che si è voluto rendere alla dignità del matrimonio. Sarebbe, infatti, umiliante, e fomite di dissidj che il marito, non vincolato da patto veruno, dovesse ricorrere alla mercè di un terzo per garantire la dote. (55)

Ma questo non si verifica quando si tratta di ipoteca. I beni del marito devono necessariamente garantire la obbligazione che egli assume nel ricevere la dote, essendo ciò comune ad ogni obbligazione. D'altronde esso non ne risente danno, perchè trova un correspettivo nel godimento della dote, ed è giusto che la legge vincoli i di lui beni anche indipententemente da patti speciali.

Dunque, essendo la *cauzione* e la ipoteca legale due cose separate e distinte, niuna contradizione presentano tra loro le disposizioni degli articoli 1400 e 1969.

1268. Quantunque il marito, nella mancanza di un patto speciale, non sia tenuto a dare *cauzione*, si possono per altro, durante il matrimonio, presentare circostanze tali da reclamare nell'interesse del costituente che la dote venga garantita ed assicurata. « *Nulladimeno* » (dispone il citato art. 1400) *qualora dopo il matrimonio sia sopraggiunto nel patrimonio del marito un trasformamento o una diminuzione per cui venga la dote ad essere in pericolo, e quegli che l'ha costituita o ne è il debitore, sia nel numero delle persone che sarebbero tenute alla prestazione degli alimenti può il tribunale civile sull'istanza del medesimo ordinare le cautele opportune per la sicurezza della dote.* »

1269. Il nostro Codice *(art. 1969)* nell'accordare alla moglie la ipoteca legale non ha considerata la dote come un patrimonio creato dalla legge, da essa regolato e protetto, come cosa necessaria al buon ordine ed alla prosperità delle famiglie, ed interessante perciò l'ordine pubblico, ma bensì, è giustamente, come una *modalità* della società coniugale riguardo ai beni. Perlochè ha disposto: 1.° che è permesso alle parti di determinare i beni su i quali deve posare tale ipoteca; 2.° che nella mancanza di patti speciali la ipoteca non colpisce che i beni posseduti dal marito al tempo del contratto; 3.° che riguardo alle somme dotali provenienti da successione o donazione la ipoteca non ha luogo che dal giorno della apertura della successione, o da quello in cui la donazione ha avuto il suo effetto, su i beni posseduti dal marito in detto giorno.

1270. Ma se la legge ha procurato temperare gli effetti della ipoteca legale, ha voluto per altro che fosse efficace e tale da garantire pienamente l'interesse della donna. Quindi ha stabilito — che a cura del marito o del notaio che ha ricevuto l'atto di costituzione di dote deve essere iscritta nel termine di venti giorni

(54) *Leg. 3 Cod. de verb. et rer. signif.*

(55) « *Si enim credendam mulier sese, suamque dotem patri mariti existimavit quare fideiussor, vel alius intercessor exigitur, ut causa perfidiae in connubio eorum generetur.* » Leg. 2 Cod. ne fidejus. dot. dent.

dalla data dell'atto stesso — che in ogni caso questa iscrizione può esser richiesta dal costituente la dote, ed ancora dalla moglie, senza che essa abbia bisogno di autorizzazione — che le persone obbligate ad iscrivere, non adempiendo a questo dovere, sono tenute al risarcimento dei danni, ed incorrono in una multa estendibile a lire mille *(art.* 1982, 1984*)*.

1271. Il marito è responsabile delle *prescrizioni* che potessero incorrersi *(articolo* 1408*)*. Esso è l'amministratore legale della dote; egli solo ha diritto di agire contro i debitori e detentori della medesima *(art.* 1399*)*; è giusto quindi e logico che debba invigilare e provvedere, sotto la sua personale responsabilità, alla conservazione e mantenimento dei beni dotali impedendo che ne vengano deteriorate le condizioni.

Ma non sempre però ed indistintamente può il marito esser tenuto responsabile delle *prescrizioni* incorse, o della insolvibilità dei debitori. Bisogna a tale effetto, che esso abbia avuto notizia *legale* del credito della moglie, cioè che ne sia stata fatta menzione nel contratto di matrimonio, ed abbia formato subietto della costituzione della dote (56).

Lo stesso criterio deve adottarsi quando il debitore della dote sia divenuto insolvente. Se tale insolvibilità esisteva al momento della costituzione della dote, il marito non ne può essere tenuto responsabile. Ma se questa insolvibilità fosse sopravvenuta dopo la scadenza del pagamento, ed il marito avesse trascurato di agire contro il costituente, è indubitato che esso deve rispondere della propria colpa, della propria negligenza, ammenochè provasse che i procedimenti da esso fatti per ottenere la soddisfazione del credito siano rimasti infruttuosi (57).

(56) Leg. 49 ff. solut matrim.

(57) Arg. — *Leg. 25 § 1 ff. cod.* — *Cass. 31 Mar. 1824. De — Gouy d'Arsy e Francoville.*

1272. Il marito deve godere dei beni dotali da buon padre di famiglia, cioè adibire tutte le cure che adibirebbe nelle cose proprie, e deve rispondere di tutti i deterioramenti avvenuti per dolo o negligenza (58).

1273. Sono questi, in sostanza, gli obblighi principali che incombono al marito a riguardo dei beni dotali.

1274. Ma gli incombono ancora degli obblighi speciali.

1275. Rimanendo il marito sottoposto a tutti i doveri di un usufruttuario *(arcolo* 1408*)*, è indubitato che prima sua cura deve essere quella di procedere all'inventario dei mobili ed alla descrizione dello stato degli immobili *(art.* 496*)*.

La ragione di questa misura è nell'interesse tanto di esso quanto della moglie. È nel di lui interesse perchè si garantisce dalle ricerche degli eredi della donna, e può con maggiore facilità ripetere le spese che avrà fatte nei beni dotali. È nell'interesse della moglie perchè con tali *atti* si viene a fissare irrevocabilmente l'oggetto dei reclami che essa potesse avanzare allo scioglimento del matrimonio.

La omissione dell'*inventario* porterebbe alla conseguenza che allo scioglimento del matrimonio, la moglie o i di lei eredi potrebbero giustificare il valore dei beni mobili colla prova testimoniale, ed anche per *notorietà*, mentre ciò non sarebbe permesso al marito o ai di lui eredi. *(arg. art.* 1445, 1.° *e* 2° *capov.)*. — La omissione dello *stato di consistenza* avrebbe per effetto di ritenere gli immobili ricevuti dal marito in *buono stato*, e di obbligare il medesimo a restituirli come tali (59).

1276. Nell'esercizio della sua gestione il marito è tenuto di provvedere non solo alle riparazioni ordinarie, ma ancora alle

(58) *Cod. civ. art. 1408.* — Leg. 17 ff. de jur. dot. « *In rebus dotalibus virum praestare « oportet tam dolum quam culpam quia causa « sua dotem accipit: sed etiam diligentiam « praestabit, quam in suis rebus exhibet.*

(59) Benoit — *Tom. 1 n.° 169.*

stoaordinarie che siano state cagionate dall'ineseguimento delle ordinarie dopochè esso entrò al possesso dei beni *(articolo* 501*)*; ed è responsabile delle degradazioni avvenute per mancaza di queste riparazioni (60).

Però quanto alle riparazioni straordinarie che non siano la conseguenza dell'ineseguimento delle ordinarie il marito ha diritto, allo scioglimento del matrimonio, di essere rimborsato del valore dell'opere fatte dalla moglie o dai di lei eredi *(articolo* 502*)*. Ha poi il diritto di farsi rimborsare subito se la moglie ha dei beni parafernali (61).

1277. Avendo il marito il godimento dei frutti, bene si intende che debba sopportare tutti gli oneri che vi sono inerenti perchè, come dice Ulpiano » *fructus eos esse constat qui deducta impensa supererunt* » (62). Ne consegue che egli è tenuto a tutti i carichi annuali dei beni costituiti in dote, e che secondo la consuetudine gravano i frutti *(art.* 506*)*.

Fra questi carichi devonsi mettere in primo luogo i *tributi*, in secondo luogo i canoni e le pensioni da cui siano affetti i beni *(detto art.* 506*)*. È naturale, infatti, che avendo la moglie da corrispondero canoni e pensioni, queste siano soddisfatto col prodotto dei suoi beni dotali, quando specialmente la dote comprende gli immobili sopra i quali posano tali oneri.

1278. Ma il marito rimane obbligato al pagamento dei debiti ipotecari gravanti i beni dotali?

Bisogna distinguere, se i debiti preesistevano al matrimonio, o se sono stati creati posteriormente.

1279. Riguardo ai debiti esistenti prima del matrimonio, è certo che, per la loro soddisfazione, rimangono vincolati tutti i beni della donna in forza del principio che » *chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempire le contratte obligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri* » *(art.* 1948*)*.

Questi beni formano la garanzia comune dei di lei creditori, i quali vi hanno un diritto eguale quando fra essi non vi siano cause legittime di prelazione *(art.* 1949*)*. Ora questo vincolo continua a sussistere anche dopo il matrimonio, perchè il matrimonio non può, per se stesso, portare alcun cambiamonto ai diritti dei creditori. Costituendosi in dote i suoi beni, la donna non ha conferito al marito ne ipoteca ne prelazione su' i medesimi, essa non gli ha dato che i diritti che aveva, cioè di amministrarli e farne suoi i frutti per supplire agli oneri del loro comune matrimonio. Del resto la donna ha rimesso questi beni tali quali si trovavano nelle sue mani, gravati dei debiti di cui erano la garanzia, e che il marito deve pagare in di lei vece.

1280. In quanto ai debiti contratti dalla moglie durante il matrimonio, giova prima di tutto osservare che essa non può validamente obbligarsi, ne in conseguenza contrarre dei debiti, senza il consenso del marito *(art.* 134*)* Ottenuta questa autorizzazione non vi è dubbio che i creditori possano agire, per ottenero il pagamento, sopra i di lei beni *parafernali*. Questi costituiscono una proprietà libera della donna di cui essa può disporre quando il marito vi consente Ma non è così dei beni *dotali*. Essi formano un patrimonio destinato a sopperire ai pesi del matrimonio e che, per questo, non può essere alienato senza l'autorizzaziono dol tribunale *(art.* 1405*)*. È per l'anteriorità di questo vincolo che i creditori posteriori non hanno azione su questi beni per ottenere il pagamento. Sapevano che erano *dotali*, conoscevano quindi che non potevano formare la garanzia dei loro crediti. — È soltanto dopo lo scioglimento del matrimonio che essi possono

(60) Duranton. *Tom. 15 n.° 392.*
(61) Idem n. *462.*
(62) *Leg. 7 ff. solut. matrim.*

agire sopra quei beni conforme gliene da il diritto l'*articolo* 1407. » *Sciolto il matri-* » *monio, si può procedere sui beni che co-* » *stituivano la dote anche per le obbliga-* » *zioni contratte dalla moglie durante il ma-* » *trimonio.* »

1281. Se, per regola, i debiti contratti dalla moglie non possono essere soddisfatti coi beni dotali, ciò, a parer nostro non procederebbe quando nel contratto di matrimonio fosse stata permessa l'alienazione e la ipoteca della dote. Perdendo allora uno dei suoi principali caratteri, la dote rimane semplicemente affetta alla condizione della amministrazione e della percezione dei frutti per parte del marito. In questo caso, se il marito acconsente alla formazione di debiti per parte della moglie, egli viene implitamente a garantirne il pagamento sopra i beni dotali, ne per respingere le azioni dei creditori, potrebbe opporre la eccezione della inalienabilità della dote, perchè questa inalienabilità venne esclusa nel contratto di costituzione.

1282. Vediamo, per ultimo, quali spese debbano far carico al marito.

La regola stabilita dall'articolo 510 si è che » *l'usufruttuario è tenuto a soppor-* » *tare le spese delle liti riguardanti l'usu-* » *frutto e le condanne a cui le stesse liti* » *potessero dar luogo. — Se le liti riguar-* » *dano tanto la proprietà quanto l'usufrut-* » *to, vi saranno tenuti il proprietario e* » *l'usufruttuario in proporzione del rispet-* » *tivo interesse.* »

Questa regola ci somministra un criterio sicuro per determinare quali spese facciano carico al marito. — Se si tratta di spese per causa di liti concernenti la percezione ed il godimento dei frutti e rendite dotali, e le condanne cui tali liti potrebbero dar luogo, certamente stanno a carico del marito. — Ma se le liti avessero per oggetto la rivindicazione dei beni dotali, le spese relative non potrebbero stare a carico del marito per la ragione che, essendo il costituente obbligato alla garanzia dei beni costituiti in dote *(art 1896)*, rimane ugualmente garante delle spese alle quali il marito sia andato soggetto, *(arg. art. 1486. n.° 3.)*

1283. Se durante il matrimonio la moglie fosse stata condannata a rifacimento di indennità, a multe, ad ammende per delitti o contravvenzioni da lei commesse, il marito non potrebbe essere azionato per il pagamento dell'ammontare di queste condanne su i frutti e rendite della dote di cui ha il godimento. È sempre la medesima ragione dell' antoriorità; i frutti e le rendite dotali erano già vincolate a favore del marito prima che nascesse il diritto al pagamento per quelle condanne.

Altro però sarebbe a dirsi se avessero preceduto il matrimonio. Dovrebbero in questo caso pagarsi colle rendite ed anche coi capitali dotali, poichè fin di allora tutti i beni della donna formarono la garanzia dei suoi creditori, garanzia che non potè rimanere distrutta per avere successivamente sottoposto questi beni al vincolo dotale.

1284. Avvertiremo, finalmente, che le spese relative all'*inventario* dei mobili, e alla *descrizione* dello stato degli immobili, sono un onere esclusivo del marito. Esso non amministra i beni dotali nel solo interesse della moglie, e come un tutore amministra i beni del suo pupillo. Egli amministra invece per conto proprio, per il suo particolare interesse, poichè fa suoi tutti i frutti, senza doverne render conto ad alcuna. È giusto quindi, che si applichi a di lui riguardo la disposizione dell'articolo 496, colla quale si stabilisce che le spese dell' *inventario* o dello stato di *consistenza*, sono a carico dell' usufruttuario.

CAPITOLO QUINTO

—

Della inalienabilità dei beni dotali.

SOMMARIO

1285. 1286. 1287. 1288. Inalienabilità della dote — per le leggi Romane — per i Codici già vigenti in Italia — per il Codice attuale.
1289. 1290. Cosa si intenda per alienazione.
1291. 1292. Il vincolo della inalienabilità sussiste finchè dura il matrimonio.
1293. 1294. Se questo vincolo si estenda anche alla dote mobiliare.
1295. 1296. Prima eccezione al principio della inalienabilità — quando l'alienazione della dote sia stata stipulata nel contratto di matrimonio.
1297. 1298. Effetti di questa convenzione.
1299. 1300. Seconda eccezione — necessità o utilità evidente.
1301. 1302. 1303. 1304. Quando si verifichino.
1305. Se dette condizioni siano richieste soltanto nell'interesse della donna.
1306. Cosa si richieda oltre il concorso della necessità o della utilità.
1307. Azione in nullità.
1308. 1309. Da chi possa essere dedotta.
1310. Se, intervenuta la separazione dei beni, il marito conservi il diritto di proporre l'azione in nullità.
1311. La moglie può proporre questa azione anche sciolto il matrimonio.
1312. 1313. 1314. Quando il compratore abbia diritto al risarcimento dei danni.
1315. Diritti dei creditori della moglie sulla dote, sciolto il matrimonio.
1316. Se i creditori possano domandare la revoca delle alienazioni fatte illegalmente.
1317. Prescrizione.

1285. Destinata la dote a sopperire ai pesi del matrimonio, la sua inalienabilità ne è la conseguenza naturale e ne forma il carattere distintivo come il mezzo più efficace e più sicuro per la sua conservazione.

1286. Presso i Romani la legge *Giulia* proibì al marito l'alienazione dei beni dotali senza il consenso della moglie (63). Giustiniano rese assoluta questa proibizione disponendo che non potessero alienarsi nè ipotecarsi i beni dotali in qualunque luogo fossero situati, ed ancorchè vi concorresse il consenso della donna per la ragione « *ne sexus muliebris fragilitas* » *in perniciem substantiae earum conver-* » *tatur.* » (64).

1287. Questo principio di esagerata protezione per la conservazione della doto venne accolto e sanzionato dal Codice Parmense, dal Codice Sardo, e dal Codice Estense (65).

Il Codice Austriaco, limitandosi ad attribuire al marito l'usufrutto dei beni dotali, non vietò in alcun modo l'alienazione o l'obbligazione della doto (66).

Il Codice delle due Sicilie riconobbe l'alienabilità della dote per consenso dei coniugi, quando la medesima fosse stata permessa nel contratto di matrimonio (67).

1288. Fra questi opposti sistemi il Codice nostro ha addottato la linea di mezzo seguita dal Codice delle due Sicilie.

---

(63) Paul — Sentent. Lib. 2. Tit. 22. § 2. « *Lege julia de adulteriis, ne dotale pretium* « *maritus invita uxore alienet.* »

(64) *Instit. lib. 2. tit. 8 in princ.* — *Leg. unic. § 15. Cod. de rei uxor. action.*

(65) Codice di Parma art. 1341. « *Durante* « *il matrimonio, la dote non può essere alie-* « *nata ne dal marito, ne dalla moglie, ne da* « *entrambi unitamente.*

— Codice Sardo art. 1535.

— « *Ne il marito, ne la moglie, ne amen-* « *due unitamente possono, durante il matri-* « *monio, alienare ed obbligare a favore di* « *chicchesia le ragioni della moglie verso il ma-* « *rito per la restituzione della dote, e per i di-* « *ritti nuziali, anche consistenti in cose mobili,* « *ne ridurre o restringere le ragioni medesi-* « *me fuorchè nei casi infraspecificati, e previa* « *l'autorizzazione del tribunale di Prefettura,* « *e trattandosi dell'alienazione di stabili do-* « *tali, mediante anche le solennità prescritte per* « *le alienazioni dei beni dei minori,* »

(66) Vedi Cod. Austriaco capit. 28 — *dei patti nuziali* — o specialmente gli articoli *1227, 1228.*

(67) Art. 1370. « *L'immobile dotale può es-* « *sere alienato, allorchè col contratto del ma-* « *trimonio ne è stata permessa l'alienazione.* »

Ha permesso l'alienazione della dote per il consenso dei coniugi, se tale alienaziono è stata stipulata nel contratto di matrimonio, non che dietro autorizzazione della giustizia nei casi di *necessità* o di *utilità* evidente *(art.* 1404, 1405*)*.

1289. Ciò accennato, passiamo a conoscere 1.° i limiti del principio della *inalienabilità* 2.° le eccezioni stabilite a questo *principio* 3.° le azioni concesse per la revoca delle alienazioni fatte in contravvenziono della legge.

1290. La parola *alienazione* presa nel suo più ampio significato comprende non solo ogni atto traslativo di proprietà, ma ancora ogni atto che porti diminuzione od aggravio al nostro patrimonio (68). È in questo senso che l'articolo 1405 proibisce l'alienazione dei beni dotali » *non » si possono durante il matrimonio alie- » nare od obbligare a favore di chicchessia » la dote nè le ragioni dotali della moglie, » e non si possono neppure ridurre* o *re- » stringere le ragioni medesime.* »

Ne consegue quindi, che la donna non può rinunziare alla sua ipoteca legale o restringerla in garanzia della vendita fatta dal marito, o obbligarsi solidalmente con lui. La renunzia espressa o tacita che potesse fare è colpita di nullità inquantochè costituisce una alienazione indiretta, eventuale dei fondi dotali, essendo indifferente che la moglie gli alieni o che consenta a privarsi delle relative garanzie; tanto nell'un caso che nell'altro essa sacrifica dei diritti che la legge aveva dichiarati inalienabili (69).

Ugualmente non può la moglie transigere sopra i suoi diritti ed azioni, come non può procedere ad atti che portino novazione a questi diritti, perchè tanto la transazione quanto la novazione non sono che atti indiretti di alienazione (70).

1291. Il vincolo della *inalienabilità* della dote sussiste finchè dura il matrimonio; lo dichiara espressamente il citato articolo 1405 » *non si possono durante il ma- » trimonio alienare od obbligare etc.* »

In forza di questa disposizione è certo che la moglie autorizzata ad esercitare il commercio non ha facoltà di alienare in modo alcuno i beni dotali. Può liberamente obbligarsi, e disporre dei suoi beni parafernali perciò che concerne il commercio al quale è stata autorizzata, ma questa autorizzazione non le attribuisce diritto di alienare la dote, perchè non dipende dal consenso del marito, ma dalle convenzioni stipulate nel contratto di matrimonio, o dalla autorizzazione della giustizia. Tanto ciò è vero, che il legislatore, accordando alla moglie commerciante la facoltà di ipotecare ed alienare i suoi beni immobili, ha avuto cura di rammentare che » *i beni » dotali non possono essere ipotecati ne alie- » nati, fuorchè nei casi e nelle forme de- » terminate dal codice civile* » *(art.* 9 *cod. di commerc.)*

1292. Parimente la separazione della dote dai beni del marito ottenuta dalla donna o per i di lui dissesti economici, o perchè intervenuta fra essi la separazione personale, non toglie alla dote il vincolo della inalienabilità: non nel primo caso, poichè persevera lo scopo al quale fu destinata, a sopperire cioè ai pesi del matrimonio, con questa sola differenza che il diritto di amministrarla e di perciperne le rendite trapassa dal marito alla moglie; non nel secondo caso perchè la separazione personale rallenta, ma non distrugge i vincoli matrimoniali. D'altronde poi è certo che per qualunque causa sia intervenuta la separazione della dote, que-

(68) *Leg. 1. Cod. de fund. dotal. Leg. 28. ff. de verb. signific.*

(69) *Cass. 28 juin. 1810, De Germont c. Pichat.*

— Nimes. 30 Nov. 1830. Mejean c. Rochette.

(70) *Riom. 10 juin 1830. N. c. N.*

— Grenoble 8 juin 1825. Mercier c. Bargemont.

sta conserva il suo carattere di inalienabilità. « *La dote* (dice l'art. 1424), *rimane* » *inalienabile, e le somme che la moglie ri*» *ceve in soddisfazione di essa sono dotali,* » *e devono impiegarsi coll'autorizzazione* » *giudiziale.* »

1293. Giova qui conoscere una quequestione che ha tenuto divise le opinioni di sommi scrittori nella interpretazione da darsi all'*articolo* 1557 del codice civile Francese, la questione, cioè, di sapere se il vincolo della inalienabilità si estenda ancora alla dote costituita in beni mobili.

Coloro che sostengono l'*alienabilità* della dote mobiliare deducono — che le leggi Romane proibitive della alienazione della dote parlano di *fondo* dotale, e giammai di *mobili* dotali — che il côdice Napoleone negli articoli 1557 e successivi non avendo parlato che di inalienabilità di beni immobili era a ritenersi che avesse inteso limitare, come le leggi Romane, a questi beni soltanto la proibizione della alienazione (71).

I sostenitori del sistema opposto rilevano — che il carattere del regimo dotale è di assicurare la dote alla donna, ciò che non può ottenersi se non che colla proibizione di alienarla durante il matrimonio, — che se le leggi Romane non proibivano l'alienazione della dote che a riguardo dogli *immobili*, si era perchè per disposizione di quelle leggi il marito soltanto era padrone del *mobiliare* e poteva disporne, per cui la moglie si trovava nella impotenza di alienare quei mobili, e conseguentemente si rendeva inutile interdirgliene l'alienazione (72).

1294. Questa questione, pare a noi, sia risoluta chiaramente dal nostro Codice. Ed invero, mentre le leggi Romane ed il codice Francese (73) parlano soltanto di inalienabilità del *fondo* dotale, dell'*immobile* dotale, il Codice Italiano dispone invece che non si possono alienare od obbligare, durante il matrimonio, « *la* » *dote ne le ragioni dotali.* » Parlandosi di *dote* necessariamente viene a comprendersi tutto ciò che sia stato costituito a questo titolo, e conseguentemente tanto i beni immobili, quanto i beni mobili, e sarebbe veramente forzare il senso delle parole volendo ammettere un diverso concetto; ed appunto questa diversità di linguaggio adoperata dal legislatore rivela che il suo pensiero è stato quello di eliminare con una *frase* generica tutte le questioni sorto in proposito, e di applicare il principio della inalienabilità tanto alla dote *immobiliare* quanto alla dote *mobiliare*.

1295. Se la *inalienabilità* forma il carattere distintivo del regime dotale, non ne costituisce però la *essenza*, poichè come non può essere impedito agli sposi di procedere al matrimonio senza costituzione di dote, così non avvi ragione di vietare che nel contratto la dote sia costituita con riserva di poterla alienare. È questa la ragione per la quale l'*articolo* 1404, ha modificato sostanzialmente il principio della inalienibilità disponendo che « *la dote può essere alienata o ipote*» *cata, se nel contratto di matrimonio ne è* » *stata permessa la alienazione* o *la ipo*» *teca.* »

1296. Questa disposizione così giusta e razionale non venne però ammessa senza opposizione.

L'articolo 1374 del *progetto* compilato dall'illustre Pisanelli ammetteva la facoltà negli sposi di stipulare l'alienabilità della dote. — Questa facoltà non veniva ammessa nel progetto Senatorio, *(articolo 1437.)*

(71) Toullier. *tit. 5. du contrat. de mariag. n. 177 e segg.*

— Vazeille *de mariage Tom, 2: n. 320.*

— Zachariae. *Tom. 3. § 535. not. 7.*

(72) *Grenier. Des Hypoteg. tom. 1. n. 34.*

— *Delvincourt. — Cours de droit civil. Tom. 2. pag. 110.*

(73) *Leg. 4. ff. de fund. dotal.*

— *Leg. unic. § 15. Cod. de rei uxor. action.*

— *Cod. Napoleon. art. 1557 e segg.*

In questa diversità di opinioni il Ministro Guardasigilli richiamò la Commissione nominata per la coordinazione dei Codici a pronunziarsi in proposito. Ma anche in seno della Commissione i pareri non furono concordi. Alcuni dei Commissari si pronunziarono per la inammissibilità del principio stabilito nel *progetto* Pisanelli; la maggioranza però lo accolse pienamente. — Ecco le ragioni addotte in proposito.

Gli oppositori deducevano a sostegno del loro assunto — che non poteva concedersi agli sposi la facoltà di derogare nell'atto di matrimonio al principio della inalienabilità della doto senza rendere illusorio il principio stesso — che non poteva invocarsi l'esempio del codice Francese perchè, ai termini del medesimo, spetta alle moglie una ipoteca generale esente da iscrizione che la cautela sufficientomente pel caso di alienazione della dote, — che in ogni modo ai bisogni che potevano avere gli sposi di alienare la dote provvedeva la legge accordando ai tribunali di autorizzare la distraziono — cho in fine era poco prudente lo abbandonare siffatta convenzione sulla alienabilità alla inesperienza degli sposi quando contrattano il matrimonio e possono più facilmento cedero a lusinghe e abbandonarsi ad illusioni.

Al contrario i sostenitori della stipulazione della *alienabilità* rilevavano — che il codice civile Francese ed il Codice delle due Sicilie contenevano una disposiziono analoga a quella dell'articolo del *progetto* Pisanelli, — che due erano i principali motivi che consigliavano questa misura; il primo desunto dalla libertà che deve sempre lasciarsi ai contraenti di stipulare le loro convenzioni nel modo cho meglio loro talenta, senza opporre altre restrizioni che quello cho sono di ordine pubblico o che riflettono i buoni costumi; il secondo derivante da che, se può la sposa non costituirsi alcuna dote e conservare come parafernali tutti i suoi beni e perciò a libera sua disposizione, non si veda ragiono perchè, costituendo la doto, non possa stipularne l'alienabilità col consenso del marito, essendo evidento che chi può fare il più possa anche fare il meno, — che se gli sposi possono o nò costituire una dote è logico e razionalo che abbiano la facoltà di riservarsi il diritto di alienarla — che vietando questo patto si potevano, talvolta, impedire dei matrimoni, ne era esatto il dire che all'epoca in cui si costituiscono i patti nuziali, la confidenza degli sposi possa essere eccessiva, giacchè ben si sa, come quei patti vengano generalmente stabiliti dai parenti stessi, i quali con grande cautela ed accorgimento riguardano segnatamente all'interesse economico della famiglia nascente — che se si ammetteva l'alienazione della dote con autorizzazione *giudiziaria* non vi era motivo per denegarla quando gli sposi l'avessero stipulata, giacchè è noto, come ai Magistrati si presentino sempre le cose in modo da fare spiccare la necessità della alienazione, e sia raro il caso in cui le parti non riescano a dimostrarla o ad ottenere così il loro intento (74).

A fronte di argomenti si razionali e stringenti il principio della alienabilità della dote per consenso delle parti venne accolto dalla maggioranza della Commissione, principio cho, como abbiamo detto, è stato sanzionato dall'articolo 1404 del Codice.

1297. La convenzione della *alienabilità* deve resultare in modo chiaro e certo dal contratto di matrimonio senza che possa estendersi a casi diversi da quelli contemplati espressamente. Per esempio, se il contratto non portasse che la facoltà di *ipotecare*, questa facoltà non varrebbe a convalidare la vendita fatta volontariamente dagli sposi; imperocchè non bisogna dimenticare che si tratta di una ec-

(74) *Process. verbal. della Commiss. coord. del Cod. civ. pag. 422, 423.*

ceziono al principio della inalienabilità, e che come tale non può ricevere una interpretazione estensiva comprendendo nel caso espresso anche il caso presunto per la volontà delle parti.

Non pertanto possono verificarsi dei casi nei quali, benchè manchi la stipulazione espressa della *alienabilità*, la facoltà di alienare può indursi da una conseguenza delle altre clausule del contratto, allorchè questa conseguenza ne sia un seguito necessario. Così, se fosse stato detto nel contratto di matrimonio che se l'immobile *costituito* non si trovasse nel possesso del marito all'epoca della restituzione della dote, esso non fosse tenuto che a restituire il prezzo, non sembra dubbioso che simile clausula non sia sufficiente per autorizzare il marito stesso a vendere validamente, perchè tale clausula non può spiegare la sua efficacia che nel caso di alienazione del fondo dotale (75).

1298. Non deve ritenersi che il patto della *alienabilità* attribuisca al marito il diritto di vendere i beni dotali da per se solo e senza il concorso della moglie: quel patto non trasferisce in esso la proprietà dei beni, come nel caso di dote *stimata* (*art.* 1402), ma non fa che togliere il vincolo della *inalienabilità* pronunziata dall'art. 1405. Tolto questo vincolo i *beni* possono considerarsi, almeno in quanto riguarda la facoltà di disporne, come parafernali; quindi per vendere in forza delle convenzioni stipulate nel contratto di matrimonio, bisogna cho la moglie stipuli in qualità di venditrice, e che il marito presti l'opportuno consenso. — Nè la moglie potrebbe vendere, ugualmente, senza il consenso del marito, perchè esso vi ha uno speciale interesse trattandosi di renunziare ai diritti di usufrutto che la legge gli accorda sopra i beni dotali.

1299. La riserva di alienare stipulata nel contratto di matrimonio non è la sola eccezione al principio della inalienabilità della dote; la legge ammette ancora altre eccezioni.

1300. I codici già vigenti in Italia, seguendo il codice Francese, determinavano specialmente i casi nei quali l'autorità giudiziaria poteva permettere l'alienazione dei beni dotali (76). Il nostro Codice (*art.* 1405) ispirandosi invece ai principj del diritto Romano (77), e nella veduta di rendere men grave il vincolo della inalienabilità, e di favorire il vero interesse della famiglia, ha stabilito che la dote può essere alienata ed ipotecata » *mediante* » *decreto del tribunale che può darne l'au-* » *torizzazione nei soli casi di necessità od* » *utilità evidente.* »

1301. Queste condizioni della *necessità* o della *utilità* sono, come bene si intende, eminentemente *relative*, e sarebbe impossibile fissare dei principi, stabilire delle regole onde determinare quando debba dirsi verificarsi il concorso di tali condizioni: tutto dipende dalle circostanze, e la legge necessariamente ne rilascia l'apprezzazione alla saviezza ed alla religione dei Magistrati.

Ciò non ostante può esaminarsi il senso giuridico delle parole adoperate dalla legge, possono configurarsi delle ipotesi e trarre da tuttociò se non dei *principi*, dei criteri certamente che servano di guida nella risoluzione dei casi contingibili.

1302. E prima di tutto fermiamoci un momento sul significato grammaticale e giuridico delle parole *necessità* ed *utilità*.

Necessità — è estremo bisogno che violenta a fare una qualche cosa » *ipsis* » *rebus dictantibus* » come dice Pomponio nella legge 2. § 11. *ff. de orig. jur.*

Utilità (che altro non è se non se una gradazione della necessità) suona profitto, vantaggio, giovamento, frutto. Così, ad

(75) Benoit. *tom.* 1. *pag.* 290.

(76) Vedi Cod. *delle due Sicilie art. 1368 e segg.*
— *Codice di Parm art. 1347.*
— *Cod. Sardo art. 1540.*

(77) Vedi — *Leg. 26. ff. de jur dot.*
— *Leg. 1. ff. de fund. dot.*

esempio, diconsi *utili* le spese che, fatte sulla cosa, la rendono migliore o ne aumentano il reddito *(Leg. 79. § 1. ff. de verb. signif.)* Ma la *utilità* come stabilisce il citato *articolo* 1405 deve essere *evidente*, cioè reale, effettiva, o tale almeno che possa ottenersi secondo l'ordinario andamento delle cose.

Questo è, a parer nostro, il significato che il legislatore ha attribuito a tali parole.

1303. Ciò posto, per spiegare maggiormente il nostro concetto, configuriamo delle ipotesi.

Ammettiamo che il fondo dotale sia posseduto in comune con un terzo, e che sia riconosciuto non suscettibile di divisione. Si verifica in questo caso una necessità assoluta di vendere questo fondo per dividerne il prezzo fra i condomini (78).

Ammettiamo si tratti di riparazioni urgenti ai fondi dotali, o di fornire gli alimenti alla famiglia, alle quali esigenze non sia possibile provvedere altrimenti che colla distrazione degli assegnamenti dotali. Certamente anche qui si verifica un caso di necessità assoluta, e sarebbe contro la equità, contro la giustizia denegare la richiesta autorizzazione (79).

Ugualmente si verificherebbe il caso della *necessità* se si trattasse di liberare il marito di [illegible]gione ove fosse ritenuto per debiti, quando specialmente la di lui mancanza privasse la famiglia dei guadagni che il medesimo ritraeva coll'esercizio di un arte o di una industria (80).

Parimente sarebbe causa giusta ed onesta per autorizzare l'alienazione quando si trattasse di procurare una posizione ai figli, o di costituire una dote alla figlia, poichè sebbene sia vero che i genitori non hanno obbligo legale di fare un assegnamento ai loro figli per causa di matrimonio o altro *(art. 147)* non è men vero però che l'obbligo di dare un avviamento alla prole è imposto dalla natura e dall'affetto.

1304. Sarebbero casi di utilità evidento, per esempio — se permutando il fondo dotale con altro fondo venisse la donna a vantaggiare la condizione economica di altri fondi da lei posseduti, sia per il valore maggiore che venissero ad acquistare i fondi stessi, sia per la maggiore facilità della cultura *(80 bis.)* — se vendendo un fondo sterile ed esigente spese gravi per coltivarlo e sorvegliarlo, potesse la donna impiegarne il ritratto nella miglior cultura di altri fondi o nell'acquisto di beni che fossero per darle un reddito maggiore (81).

Insomma, come abbiamo già detto, tutto dipende dalla apprezzazione delle circostanze.

1305. Richiedendosi il concorso della *necessità* o della *utilità*, basta che l'una o l'altra si verifichi a riguardo soltanto della moglie ?....

Noi crediamo che la legge nell'esigere il concorso di alcuna di queste condizioni non abbia avuto riguardo all' interesse esclusivo della moglie, ma sivvero ancora a quello della famiglia. Infatti l'articolo 1405 parla in genere di *necessità* e di *utilità ;* lo che fa ragionevolmente supporre che queste condizioni non debbano riguardarsi nel solo interesse della donna, ma ancora in quello del marito e della famiglia. Se la legge avesse inteso altrimenti lo avrebbe dichiarato espressamente. La comunanza della vita fra i coniugi, l'obbligo che la moglie ha coeguale col marito di mantenere la prole, la destinazione della dote a sopperire ai pesi del ma-

(78) *Leg. 78 § 4 ff. de jur. dot.*

(79) Leg. 73. § 1. ff. eod. « *Manente matrimonio, non perditurae ob causas dos reddi « potest ut sese suosque alat....... ut in exilium « aut in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat.* »

— *Leg. 20. ff. solut. matrim.*

(80) *Leg. 21. ff. solut matrim.*

(80 bis) *Leg. 26. ff. de jur dot.*

(81) *Leg. 85. ff. eod.*

trimonio, tutto conforta a ritenere che le condizioni della *necessità* o della *utilità* debbano misurarsi dall'interesse comune della famiglia anzichè da quello esclusivo della moglie.

Se a questi riflessi vogliamo trovare un appoggio nei principj della scienza possiamo citare la legge 85 *ff. de jur dot.* dalla quale apparisce che la *utilità* della alienazione deve considerarsi tanto di fronte alla moglie quanto di fronte al marito. (82).

1306. Non basta per la validità della alienazione la prova della *necessità* o della *utilità;* bisogna che vi concorra il consenso del marito e della moglie. Lo stabilisce espressamente il citato *articolo* 1405 » *se non col consenso del marito e della* » *moglie e mediante decreto del tribunale.* »

La prestazione del consenso per parte di ambidue i coniugi è, a parer nostro, una condizione sostanziale, — del marito, perchè ha l'usufrutto della dote — della moglie, perchè ne ha la proprietà. Questi diritti di usufrutto e di proprietà non possono essere tolti che col loro consenso scambievole e l'autorità giudiziaria non potrebbe supplire al negato consenso di una delle parti senza violare i diritti dell'altra.

Ne a ritenere il contrario varrebbe argomentare dalla disposizione dell'*articolo* 136, colla quale si stabilisce, che se il marito ricusa l'autorizzazione alla moglie, il di lui consenso può essere supplito dalla giustizia. Sta bene, infatti, che trattandosi di alienare od obbligare beni *parafernali*, possa l'autorità giudiziaria concedere alla donna l'autorizzazione che il marito le rifiuta, perchè la legge non conferisce al medesimo nessun diritto speciale sopra quei beni, ma solo l'esercizio di un attributo della sua potestà maritale, quale si è quello di consentire o no, alle obbligazioni della moglie. E poichè col denegare il consenso potrebbe il marito abusare del potere che la legge gli conferisce è razionale e giusto che l'autorità giudiziaria debba proteggere e difendere la donna.

Ma non è così quando si tratta di dote. Il marito ha sulla medesima dei diritti speciali, quali sono quelli di amministrarla, di percipere e disporre delle rendite onde colle medesime supplire agli oneri del matrimonio. Ora questi diritti non sono semplicemente una emanazione della autorità maritale, ma sono il resultato di un contratto a titolo corrispettivo, che non può essere sciolto se non nel modo col quale venne posto in essere, col consenso, cioè, di ambedue le parti.

1307. Come si è fin qui dimostrato, all'oggetto di potere alienare validamente la dote occorre: 1.° O che ne sia stata permessa l'alienazione nel contratto di matrimonio; 2.° O che si verifichino le condizioni stabilite nell'*articolo* 1405 cioè, — che vi sia il consenso del marito e della moglie — che si giustifichi la necessità o la utilità evidente di tale alienazione — che intervenga il decreto del Tribunale.

Nella mancanza di ciò l'alienazione è nulla, benchè sia stata consentita da ambedue i coniugi. — È questa la disposizione dell'*articolo* 1407.

1308. L'azione in nullità può essere proposta dal marito e dalla moglie.

1309. Il marito può fare rivocare l'alienazione o la obbligazione in qualunque maniera ed in qualunque circostanza sia stata fatta, e così, o che abbia alienato in nome proprio e senza il concorso della moglie, o che abbia semplicemente acconsentito a questa alienazione, Ciò resulta ad evidenza dal *contesto* del citato articolo 1407.

Questo diritto però compete al marito durante il matrimonio. I diritti di amministrazione e di usufrutto, e conseguentemento anche l'esercizio delle azioni dotali

(82) *Gothofred.* nella interpretazione a detta *Leg. 85.* n. 427. « *Fundum dotalem posse di-* « *strahi ex causa utili mulieri et marito, hinc* « *colligitur.* »

rimangono in lui finchè dura il matrimonio; sciolto che sia per la morte della moglie, la dote perde il carattere o la natura che aveva, e diviene un assegnamento libero della eredità della donna, sul quale il marito non conserva altrimenti i diritti di amministrazione e di usufrutto. Il marito quindi manca di *qualità* per esercitare l'azione rivocatoria.

1310. Ma ove sia intervenuta la separazione dei beni conserva il marito il diritto di intentare tale azione?...

Se si dovesse aver riguardo al fatto, cho la separazioue dei beni produce l'effetto di trasferire l'amministrazione della doto nella moglie *(art.* 1424*)* potrebbe ben dirsi che colla amministrazione si trasferisce nella donna anche l'esercizio delle azioni dotali, fra le quali la *rivocatoria*, e che competano a lei esclusivamente. Ma ognorachè l'*articolo* 1407 accorda chiaramente questo diritto al marito » *durante il matrimonio* » è necessità ritenere che, anche avvenuta la separazione egli conservi l'esercizio di tali azioni, perchè il matrimonio non si scioglie che colla morte di uno dei coniugi *(art.* 148*)*.

1311. Ugualmentechè al marito, spetta alla moglie il diritto di intentare l'azione rivocatoria » *Uguale diritto* (dice il citato articolo 1407), » *spetta alla moglie* » *anche dopo sciolto il matrimonio.* » Dunque la moglie può proporre quest' azione in qualunque modo sia avvenuta la alienazione; e può esercitsrla anche durante il matrimonio, perchè conservando la proprietà dei beni dotali è razionale e giusto che abbia l'esercizio delle azioni che si competono al proprietario. A maggior ragione poi deve spettarle questa azione, sciolto che sia il matrimonio, inquantochè rientra nel libero e pieno esercizio dei propri diritti (83).

1312. Se il compratore non può in modo alcuno sottrarsi alla azione rivocatoria, ed è necessariamente obbligato a subire la evizione, ha però sempre il diritto, meno si tratti di alienazione a titolo gratuito, al rimborso del prezzo di acquisto, e il più delle volte ai danni.

1313. Relativamente ai danni, l'articolo 1407, stabilisce che il marito cho ha consentito alla alienazione o alla obbligazione della dote » *è obbligato pei danni* » *verso colui col quale ha contrattato se nel* » *contratto non ha dichiarato che la cosa* » *alienata od obbligata era dotale.* »

Come si vede, il marito è tenuto ai danni in tutti i casi in cui, concorrendo all'atto di alienazioue, non ha avuto la cura di dichiarare la *dotalità* delle cose alienate. O egli ha alienato la dote come cosa propria, e la refezione doi danni è una conseguenza necessaria per aver venduto la cosa altrui, *(art.* 1459*)*. — O ha prestato il suo consenso alla alienazione fatta dalla moglie, e rimane ugualmente responsabile dei danni perchè, come amministratore e custode della dote, non doveva permettere un atto illegale per parte della moglie.

Esso non può esimersi da tale responsabilità che dichiarando la qualità dei beni che si intendano alienare. Il compratore, in questo caso, deve imputare a se stesso se ha comprato cose di cui conosceva illegittimo l'acquisto, senza il concorso delle condizioni volute dalla legge.

1314. Per ciò che riguarda il rimborso del prezzo, nessun dubbio che il compratore debba ripeterlo dal marito, quando questi abbia proceduto alla alienazione in proprio nome; come ugualmente deve ripeterlo dal medesimo allorchè abbia consentito alla vendita, poichè se la leggo lo obbliga alla refezione dei danni, a mag-

(83) « *In rebus dotalibus mulierem in his* « *vindicandis omnem habere post dissolutum* « *matrimonium praerogativam jubemus... Cum* « *eadem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominis, non* « *enim quod legum Subtilitatem transitus in* « *patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei* « *veritas deleta et confusa* » *Leg.* 30. *Cod. de iur. dot.*

gior ragione deve rimanere obbligato al rimborso del prezzo.

Quest'obbligo alla restituzione del prezzo non passerebbe, per altro, dal marito alla moglie se non in quanto fosse stabilito che la medesima ne avesse raccolto e conservato il benefizio; per esempio, se questo prezzo fosse stato utilizzato coll'acquisto di beni che essa possedesse ancora. Ma se questo benefizio non si trovasse più nelle mani della donna, e d'altra parte il marito non avesse concorso in modo alcuno alla alienazione, il prezzo sarebbe allora perduto per il compratore, poichè sarebbe in colpa di avere contrattato con una donna maritata senza essersi assicurato che essa avesse ottenuto le debite autorizzazioni (84).

1315. L'articolo 1407, contiene un' ultima disposizione, ed è che « *sciolto il matrimonio, si può procedere sui beni che costituivano la dote, anche per le obbligazioni contratte dalla moglie durante il matrimonio.* »

Sciolto il matrimonio, infatti, non esistendo più la dote, non vi è ragione di impedire ai creditori di procedere sopra i beni che la costituivano; ed è giusto che la moglie avendo profittato dei debiti che ha contratti adempia alle sue obbligazioni allorchè riacquista la libera disponibilità dei propri beni (85).

1316. Ma da questa facoltà concessa ai creditori della moglie di procedere sui beni che costituivano la dote, potrà dedursene parimente il diritto di domandare la revoca delle alienazioni fatte illegalmente?

Il detto articolo 1407, concede *nominativamente* il diritto di proporre l'azione rivocatoria al marito ed alla moglie. In questa disposizione vi è tanto per ritenere ragionevolmente che il diritto di promuovere l'azione non siasi voluto dal legislatore accordare ad altro persone che a quelle espressamente nominate. Difatti nell'articolo 137, allorchè si parla della nullità delle obbligazioni contratte dalla moglie senza l'autorizzazione del marito, si concede il diritto di opporre l'azione relativa non solo al marito ed alla moglie, ma ancora agli eredi ed aventi causa della moglie stessa (86). Questa diversità di disposizione appoggia logicamente il concetto che nel pensiero del legislatore non siasi voluto conferire che al marito ed alla moglie il diritto di proporre l'azione rivocatoria. — È nell'interesse dell'azienda domestica, *(dice Marcadè Op. cit. art.* 1560, *n.° 5)*, della moglie e dei figli che la legge pone il principio si rigoroso, si esorbitante della inalienabilità della dote, e sarebbe esagerare il pensiero del legislatore di permettere a dei creditori lo invocare la sanzione si severa di questo principio, quando la donna o i suoi rappresentanti non lo fanno. Quasi sempre la revoca della alienazione sarà un atto sleale riprovato dalla giustizia e dalla morale. Come dunque permettore a dei semplici creditori l'esercizio di questa azione, mentre la donna non la esercita...!

Noi riteniamo che se l'articolo 1407 2.° *capoverso* concede ai creditori della moglie di procedere, sciolto il matrimonio, sù i beni che costituivano la dote, ciò deve intendersi dei beni che esistono a quell'epoca nel possesso della donna, non dei beni che fossero stati alienati, sebbene illegalmente, durante il matrimonio.

1317. Come ognun sa, tutte le azioni di nullità e di rescissione si prescrivono nel termine di cinque anni *(articolo* 1300*)*. Così pure l'azione in rivocazione per la alienazione della dote si prescrive in questo lasso di tempo, contando dal giorno dello scioglimento del matrimonio, come stabilisce il detto articolo 1300: « *e riguardo agli atti delle donne maritate dal giorno dello scioglimento del matrimonio.* »

(84) Marcadè. — *Explicat. du Cod. Napoleon. art. 1560.*

(85) *Processi verb. della Comm. coord. del cod. civ. pag. 426.*

(86) Vedi *ai N. 993, 994.*

CAPITOLO SESTO

—

Della restituzione della dote.

SOMMARIO.

1318. È per sostenere i pesi del matrimonio che il marito riceve la dote *(articolo* 1388*)*; ma è colle rendite soltanto, coi frutti e cogli interessi che deve supplirvi, non già coi capitali i quali deve conservare con la cura e diligenza possibile, alla pena di risponderne personalmente coi propri beni. Frattanto egli amministra i beni dotali e ne fa suoi tutti i frutti; ma tostochè rimane esonerato dall'obbligo di sopperire agli oneri matrimoniali, egli o i suoi eredi devono restituire la dote e tutto ciò che ne faceva parte. Così lo scioglimento del matrimonio, e durante il medesimo, la separazione giudiciale dei beni, danno luògo alla restituzione della dote.

1319. Per domandare ed ottenere questa restituzione la moglie o i suoi eredi devono provare che il marito l'ha ricevuta. È questa la regola generale fondata sul principio, che l'obbligo della prova incombe all'attore.

Ma a questa regola l'articolo 1414 fa una limitazione disponendo, che » *se il* » *matrimonio ha durato dieci anni dopo la* » *scadenza dei termini stabiliti al pagamento* » *della dote, e se la moglie non è la debi-* » *trice, essa o i suoi eredi possono ripeterla* » *dal marito o dai suoi eredi dopo lo scio-* » *glimento del matrimonio, senza essere te-* » *nuti a provare che il marito l'abbia rice-* » *vuta, ove non si giustificasse avere il me-* » *desimo usate tutte le diligenze per pro-* » *curarsene il pagamento* » (87).

Questa disposizione che autorizza la moglie o i suoi eredi, quando il matrimonio ha durato dieci anni, a ripetere la dote senza provare che il marito l'ha ricevuta, non si fonda che sulla presunzione che sia stata effettivamente pagata, inquantochè non è a credersi che il marito durante un sì lungo lasso di tempo ab-

(87) Il principio sanzionato in questo *articolo* è tratto dal codice Francese (*art. 1569*) il quale alla sua volse ne tolse la idea dalla *Novella* 100 di Giustiniano, colla quale si stabiliva che se il matrimonio aveva durato dieci anni o più, il marito non era altrimenti ricevibile a proporre la eccezione *non numeratae pecuniae.*

bia trascurato di esigerla e di procurarsi così un aiuto per sostenere i pesi derivanti dal matrimonio. — Ma anche questa prosunzione, come ogni altra, deve cedere alla verità dei fatti. Quindi rettamente viene stabilito dal suddetto articolo che la presunzione di pagamento non possa invocarsi — quando sia la moglie la debitrice della dote — quando si giustifichi, per parte del marito, di avere usato inutilmente tutte le diligenze per ottenerne il pagamento.

1320. La moglie debitrice della dote deve, alla pari di ogni altro costituente, provare che la medesima è stata ricevuta dal marito; essa non può invocare la presunzione della legge perchè, come costituente la dote, deve garantirne il pagamento, e l'obbligo di questa garanzia non si estingue che colla prescrizione di trent' anni. È evidente dunque che la moglie o i suoi eredi sono esonerati dalla prova dell'avvenuto pagamento solo quando la dote sia stata costituita da altri che dalla sposa.

1321. La *presunzione* non è invocabile quando si giustifichi che il marito ha » *usate inutilmente tutte le diligenze per procurarsi il pagamento* » *(art. 1414.)* È allora il fatto stesso che distrugge la presunzione; ma queso fatto deve essere certo, positivo, dimostrante che, per parte del marito, tutto è stato posto in opera per ottenere la esazione della dote. Non basterebbe quindi allegare, ed anche provare, la insolvibilità del debitore della dote al giorno in cui doveva effettuarseno il pagamento. Vi occorrono procedimenti giudiziari proseguiti fino al giudicato definitivo, e messi in esecuzione sia per un processo — verbale di mancanza di mobili da pignorare, sia, se il costituente aveva degli immobili, per un procedimento di spropriazione forzata seguito da un giudizio di graduazione constatante che il marito non ha pututo essere collocato utilmente. È così che deve intendersi avere il marito stesso » *usate inutilmente tutte le diligenze* » all'effetto di sottrarsi alla presunziono di pagamento dopo i dieci anni dalla scadenza dei termini stabiliti per la soddisfaziono della dote.

1322. Se allo scioglimento del matrimonio, la moglie fosse tuttora costituita nella età minore, essa per ottenere la restituziono della dote avrebbe bisogno della assistenza di un curatore, perchè sebbene sia rimasta emancipata col matrimonio, certo è però che i minori emancipati non possono senza l'assistenza di un curatore riscuotere i loro capitali *(art. 318)*.

1323. Durante il matrimonio, è soltanto la separazione giudiziale dei beni che può dar luogo alla restituzione della dote. Se quindi il marito convonisse con la moglie di restituirle la dote stessa, e gliela restituisse di fatto, la convenziono sarebbe nulla; nè egli nè i suoi eredi rimarrebbero liberati dall'obbligo della restituzione; e la donna, sciolto il matrimonio potrebbe farsela restituire una seconda volta, ammenochè si provasse che le somme restituite furono dalla moglie impiegate utilmente; per esempio, nell'acquisto di immobili che fossero sempre nel di lei possesso. Ma se le somme restituite fossero state consumate, sia per sovvenire ai bisogni reali o no della famiglia, sia in cose frivole, o in prodigalità, il marito sarebbe obbligato ad una nuova restituzione. Bisogna aver sempre presente che il solo consenso dei coniugi non basta per rendere valida la alienazione della dote, e che vi occorre l'autorizzazione della giustizia quando l'alienazione stessa non sia stata stipulata nel contratto di matrimonio.

1324. Il marito o i di lui eredi non potrebbero esimersi dalla restituzione per il pretesto che la cosa costituita in doto non appartiene alla donna ma ad altri, quando ancora la medesima fosse stata in mala fede costituendosela, per la ragione semplicissima cho essi non possono

farsi giudici del diritto di proprietà che può avere la donna (88).

1325. Sono questi i principj generali alla materia: passiamo ora a conoscere le regole speciali concernenti il tempo ed il modo della restituzione.

1326. In quanto al *tempo* della restituzione non vi è dubbio essere permesso alle parti di stabilire nel contratto di matrimonio quel tempo che credono opportuno. Questa facoltà rientra nella disposizione generale colla qnale si accorda ai coniugi di stabilire le convenzioni che ritengono maggiormente proficne al loro interesse *(art.* 1378*)*.

Le leggi Romane, mentre ponevano per regola che la dote dovesse restituirsi nel termine stabilito dalle convenzioni matrimoniali, facevano poi una restrizione che veniva a distruggerla, poichè non permettevano di fissare convenzionalmente il termine della restituzione, se quosto termine non era vantaggioso alla donna (89).

1327. Ove il giorno della restituzione non sia stato convenuto fra le parti, il nostro Codice procede con una distinzione.

Se la dote consiste » *in immobili, ovvero in mobili non istimati nel contratto nuziale, o stimati con dichiarazione che la stima nón ne toglie la proprietà alla moglie, il marito* o *i suoi eredi possono essere costretti a restituire senza dilazione la dote, sciolto che sia il matrimonio.* » *(art.* 1409*)*. — È giusto che la restituzione dei beni dotali la cui proprietà era rimasta nella moglie si operi di pieno diritto al giorno dello scioglimento del matrimonio, e che essa riprenda il diritto di amministrarli, diritto che era rimasto sospeso per il vincolo dell'usufrutto a favore del marito. D'altronde dovendo questi beni trovarsi necessariamente nel possesso del marito, la loro restituzione non si risolve che in una semplice consegna.

Se poi la dote consiste » *in una somma di denaro,* o *in mobili stimati nel contratto senza che siasi dichiarato che la stima non ne attribuisce la proprietà al marito, la restituzione non può domandarsi che un anno dopo lo scioglimento del matrimonio* » *(art.* 1410*)*.

La ragione della differenza del termine alla restituzione tra la dote inestimata e la dote stimata è fondata sopra nn principio di equità. Divenendo il marito, in qnesto secondo caso, debitore dell'equivalente della dote, è possibile, ed anche frequente che al momento, sempre impreveduto, dello scioglimento del matrimonio, esso o i di lui eredi non abbiano in pronto le somme occorrenti per effettuare la restituzione. Sarebbe duro forzarli ad improntare subito una somma che forse, sul momento riuscirebbe loro difficile di trovare; quindi è che la legge, prendendo in considerazione questa posizione di fatto, procura di addolcire la sorte del marito e dei suoi eredi accordando ai medesimi la dilazione di un anno alla restituzione della dote.

1328. Per determinare il *modo* della restituzione dei beni dotali, il criterio fondamentale si è quello di conoscere se tali beni, in ordine al contratto di matrimonio, siano trapassati o no nella proprietà del marito.

Se la dote consiste in beni immobili, siccome, per regola, la proprietà dei medesimi resta nella moglie, così il marito o suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i beni stessi, rispondendo di tutti i deterioramenti avvenuti per loro colpa. *(articolo* 1408*)*.

Ma se gli immobili sono stati costituiti con *stima* e con dichiarazione che la stima stessa ne trasferisce la proprietà, il

(88) Leg. 11 ff. solut. matrim. « *Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est, quasi suam dedisset.* »

(89) « *De die reddendae dotis hoc juris est, ut liceat pacisci qua die reddatur, dum ne mulieris deterior conditio fiat.* » Leg. 14 ff. de pact. dot.

« *Id est ut citeriore die reddatur.* » Leg. 15 eod.

« *Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest, non magis quam ne omnino reddatur.* » Leg. 16. eod.

marito divenendo allora debitore del prezzo di questi immobili, esso o i suoi eredi devono restituirne il prezzo che fu determinato nel contratto di costituzione.

1329. Lo stesso criterio serve di fondamento alla restituzione della dote *mobiliare*. Quindi se furono costituite in dote delle cose mobili stimate, siccome la stima produce l'effetto di trasferirne la proprietà nel marito, egli o i suoi eredi sono tenuti a restituirne il valore determinato nel contratto *(art. 1401)*.

Ma è altrimenti quando i mobili sono stati costituiti senza stima. Restando la proprietà dei medesimi nella moglie, ed avendo il marito il diritto di servirsene agli usi per cui sono destinati, così l'*articolo* 1411 stabilisce che se questi mobili « *si sono consumati coll'uso e senza colpa* » *del marito, egli non è tenuto a restituire* » *che i rimanenti, e nello stato in cui si* » *trovano.* »

1330. Generalmente fra i mobili costituiti in dote ve ne sono alcuni di una classe particolare, quali sono quelli destinati all'uso personale della moglie o che comunemente vengono designati col nome di *corredo*.

Anche di questi il marito deve restituirne il prezzo se furono *costituiti* dietro stima, oppure in natura e nello stato in cui si trovano se vennero *costituiti* senza stima (90).

Ma poichè queste cose sono destinate all'uso esclusivo della moglie, così il citato articolo 1411 aggiunge una disposizione tutta speciale e che, fino ad un certo punto, modifica il principio fissato nella prima parte dell'articolo stesso.

» *La moglie può in qualunque caso ritenere la biancheria e ciò che serve all'ordinario e necessario suo abbigliamento, detratto però il valore di tali oggetti quando sono stati primitivamente dati con una* » *stima.* »

A norma di questa disposizione la moglie può valersi della facoltà accordatale, in qualunque caso, e così tanto che il *corredo* sia stato costituito in dote dietro *stima*, quanto se sia stato costituito *inestimato*. Però l'esercizio di tal facoltà è limitato alla biancheria, e a ciò che serve all'ordinario o necessario suo abbigliamento.

Ma cosa dovrà intendersi per ordinario e necessario abbigliamento di una donna?.. Davvero sarebbe difficile determinarlo con regole speciali. Tutto dipende dalle circostanze, la cui apprezzazione non può essere rilasciata che al prudente criterio dei Magistrati (91).

1331. Ma se la donna anche nel caso di costituzione in dote di cose mobili dietro stima può ritenere quelle che servono all'ordinario e necessario suo abbigliamento, è di tutta giustizia che il marito non sia obbligato a restituire il valore di queste cose che la donna si è ritenute, poichè altrimenti, essa verrebbe ad ottenere e tali oggetti ed il prezzo dei medesimi. È quello appunto che si stabilisce nel detto articolo 1411 » *detratto però il valore di tali* » *oggetti quando sono stati primitivamente* » *dati con una stima.* » Così, ad esempio, se la donna si è costituita in dote dei mobili stimati L. 10,000, e fra questi mobili

(90) « *Plerumque interest viri, res non es-* « *se aestimatas, idcirco, ne periculum rerum* « *ad eum pertineat, maxime si animalia in* « *dotem acceperit, vel vestes quas mulier uti-* « *tur; eveniet enim, si aestimata sint, et ea* « *mulier adtrivit ut nihilominus maritus aesti-* « *mationem eorum praestet, quotiens igitur* « *non aestimatae res in dotem dantur, et melio-* » *res, et deteriores mulieri fiunt.* » Leg. 10 ff. de jur. dot.

(91) I Giureconsulti Romani dividevano gli *effetti* delle donne in ciò che serviva propriamente a vestirle, in ciò che serviva ad *ornarle* ed in quello che denominavano « *mundus muliebris.* »

Leg. 25. § 10. ff. de aur, argent ec. legat. « *Ornamenta muliebria sunt, quibus mulier* « *ornatur veluti inaures, armillae, anuli etc* « *et omnia quae ad aliam nullam parantur* « *nisi corporis ornandi causa etc* — *Mundus.* « *muliebris est, quo mulier mundior fit; conti-* « *nentur eo specula, matulae, unguenta, vasa* « *unguentaria, et si qua similia dici possunt.* »

allo scioglimento del matrimonio si trovano degli oggetti destinati esclusivamente all'uso personale della medesima valutati lire 2,000 secondo la stima del contratto di costituzione, essa può ritenere tali oggetti, ma deve detrarne il valore dalla somma complessiva determinata nel contratto; perlochè il marito non resterà in questo caso, obbligato che al pagamento di lire 8,000.

1332. Abbiamo già detto *(n.° 1189)*, che anche i diritti *incorporali* possono formare subietto di costituzione di dote. A questo riguardo e per gli effetti della restituzione *l'articolo* 1412, contiene la seguente disposizione: » *se la dote stimata* » *comprende capitali o rendite costituite che* » *abbiano sofferta perdita o diminuzione non* » *imputabile a negligenza del marito, questi* » *ne è liberato restituendo i relativi titoli e* » *documenti.* »

La legge fa qui una eccezione alla regola, che la perdita delle cose costituite in dote dietro stima sta ordinariamente a carico del marito. — La ragione di tale eccezione sta in questo. Allorchè si tratta di obbligazioni, di azioni, di crediti, la garanzia cui la legge sottopone i costituenti *(art.* 1396*)*, non può certamento, nella mancanza di un patto speciale, estendersi fino al punto di garantire sempre ed in qualunque tempo la esigibilità del credito, perchè chi vende o cede un credito non è obbligato, meno un patto specialo, a garantirne la sussistenza e la *solvenza* del debitore che al tempo della cessione *(articolo* 1542*)*. Ora se, senza colpa del marito, i capitali o le rendite dotali sono venuti a mancare sarebbe ingiusto cho la perdita dovesse stare a di lui carico: esso quindi deve rimanere liberato colla restituzione dei titoli e documenti che gli furono consegnati.

1333. Se la dote è stata costituita sopra un *usufrutto*, sciolto il matrimonio, il marito ed i suoi eredi non sono tenuti che a restituire il *diritto* dell'usufrutto stesso, non già i frutti raccolti o scaduti durante il matrimonio *(art.* 1413*)*, perchè è il diritto dell'usufrutto che ha formato subietto di costituzione, non già i frutti che se ne raccolgono (92).

1334. Insieme ai beni e capitali dotali devono restituirsi i frutti e gli interessi. — Se il matrimonio è sciolto per la morte della moglie, questi interessi e questi frutti corrono di pieno diritto a favore dei di lei eredi dal giorno dello scioglimento *(articolo* 1415*)*. Essendo la dote produttiva di interessi dal giorno della celebrazione del matrimonio *(art.* 1397*)*, essi vengono, per così dire, a formare un accessorio della dote stessa, ed è giusto che siano restituiti insieme con quella.

1335. Ma se lo scioglimento del matrimonio accade per la morte del marito, la moglie non solo ha diritto ad ottenere la restituzione degli interessi o frutti della dote, ma le viene accordata ancora la scelta di » *esigere, duronte l'anno del lutto,* » *gli interessi* o *i frutti della sua dote, a* » *di farsi somministrore gli olimenti pel* » *tempo anzidetto dalla eredità del marito* » *(detto art.* 1415*)*.

Questa facoltà accordata alla vedova è grandemente a lei favorevole; poichè ove i frutti dotali non siano sufficienti per i suoi alimenti, non avverrà che improvvisamente da una posizione comoda ed agiata cada nella indigenza: essa potrà, nel corso dell'anno, porsi in grado di provvedere alla propria esistenza, al proprio stato. Questa certamente è la ragione dolla disposizione della legge.

Inoltre, questa *opposizione* può riuscire vantaggiosa alla donna anche quando gli interessi della dote siano sufficienti per il suo mantenimento poichè, ove la dote consistesse in danaro o mobili stimati, non potendo ottenerne la restituzione unitamente agli interessi, se non un anno dopo

(92) « Si ususfructus in dotem datus sit, videamus, utrum fructus reddendi sunt, necne. « Et Celsus ait interesse quid acti sit; et nisi appareat aliud actum, putare se, jus ipsum in « dote esse, non *etiam fructus qui percipiuntur.* »

lo scioglimento del matrimonio, la medesima viene ad evitare il caso di dovere vivere, durante quest'anno, di imprestiti ed a credito.

Deve però avvertirsi che una volta fatta questa scelta, la donna non può più variarla; il suo diritto è consumato.

1336. Oltre la *scelta* agli interessi e frutti della dote, oppure agli alimenti, la legge accorda alla vedova anche il diritto di ottenere dalla eredità del marito, durante l'anno, l'abitazione e le vesti da lutto, *(art. 1415)*.

Il diritto di abitazione importa certamente la facoltà nella donna di rimanere nella casa maritale con tutte le comodità ed i vantaggi che essa vi godeva allorchè viveva il marito.

Il diritto ad ottenere le vesti da lutto non ha altro scopo che quello di onorare la memoria del defunto, e trova appoggio nella antica massima, che » *mulier non » debet propriis sumptibus lugere maritum.* »

1337. Tanto l'abitazione, quanto le vesti da lutto devono essere fornite alla vedova dalla eredità del marito, indipendentemente dalla *scelta* che essa abbia fatto di esigere gli interessi della sua dote ovvero gli alimenti, e senza l'obbligo di imputazione. Lo dispone chiaramento il detto articolo 1415, » *in ambidue i casi le deve » fornire, durante l'anno, l'abitazione e le » vesti da lutto.* »

1338. L'articolo 1416, determina il modo col quale devonsi dividere i frutti dotali allo scioglimento del matrimonio. Esso dispone che » *sciogliendosi il matri» monio, i frutti della dote consistente tanto » in immobili quanto in danoro o nel di» ritto di un usufrutto, si dividano tra il » coniuge superstite e gli eredi del premorto » in proporzione della durata del matrimo» nio nell'ultimo onno. — L'anno si com» puta dal giorno corrispondente a quello » del matrimonio.* »

Comunque chiaro e semplice, nella sua redazione, si presenti il disposto di questo articolo, pure por lo regole cho traccia, presenta non lievi difficoltà nella sua applicazione a seconda della diversa natura dei frutti che devono restituirsi.

1339. Per determinare con equità la ripartizione, nell'ultimo anno, dei frutti della dote fra il coniuge superstite e gli eredi del coniuge premorto, si rendeva necessario stabilire un'epoca dalla quale l'anno stesso prendesse il suo punto di partenza. E ciò ha fatto il citato *articolo* 1416, stabilendo che l'anno si computa » *dal giorno corrispondente a quello del ma» monio.* »

Le leggi Romane, che permettevano la costituzione della dote anche durante il matrimonio, procedevano a questo riguardo con una distinzione — se la dote era stata data avanti il matrimonio l'anno si computava dal giorno della sua celebrazione — se posteriormente dal giorno della tradizione della dote (93).

Il Codice nostro stabilendo che la dote non può costituirsi durante il matrimonio, *(art. 1391)* non poteva ammettere la distinzione del diritto Romano, e doveva necessariamente prendere in considerazione, siccome ha fatto, non tanto lo scopo per il qualo viene accordato al marito il godimento dei frutti, quanto i limiti di questo godimento.

I frutti della dote essendo destinati a sopperire ai pesi del matrimonio, essi non possono appartenere al marito che in proporzione del tempo nel quale ha durato il matrimonio, vale a dire per il tempo nel quale ha sopportato questi oneri. Se a questo principio proclamato dall'articolo 1388, » *la dote consiste in quei beni che*

(93) Leg. 5. ff. solut. matrim. « *De divisio« ne anni ejus, quo divortium factum est, quae« ritur, ex die matrimonii, an ex die traditi « (marito) fundi maritus sibi computet tempus? « Et utique in fructibus a viro retinendi ne« que dies dotis constitutae, neque nuptiarum « observabitur, sed quo primum dotale prae« dium constitutum est idest tradita possessio« ne.* » —

— Leg. 6. ff. eod.

„ *la moglie . . . . apporta al marito . . . .*
„ *per sostenere i pesi del matrimonio*, „
aggiungiamo la regola — che i frutti dell'annata sono destinati a sovvenire ai carichi dell'annata — ne segue che il marito ha diritto ad un numero di raccolte uguale al numero degli anni nei quali ha durato il matrimonio, ma che non può conservare un numero maggiore di raccolte che non vi siano stati anni di matrimonio (94).

Il principio adunque stabilito dall'articolo 1416, che per la ripartizione dei frutti dell' ultimo anno prende per punto di partenza il giorno della celebrazione del matrimonio, è giusto e razionale. Così non è luogo a ricercare quando è stata costituita la dote, quando il marito ne è entrato al possesso, ma unicamente quando il matrimonio è stato colebrato, celebrazione di cui può aversi ognora la prova facendone fede i pubblici registri.

1340. Nella repartizione dei frutti dell'ultimo anno l'articolo 1416, comprende espressamente „ *i frutti della dote tanto* „ *in immobili, quanto in danaro* o *nel di-* „ *ritto di un usufrutto* „ e così tutti i frutti di qualunque specie essi siano, *naturali, industriali* o *civili*.

1341. In quanto ai frutti naturali ed industriali dovendosi la ripartizione fare *pro rata* del tempo in cui ha durato il matrimonio nell'ultimo anno, ne segue: 1.° che subietto della divisione deve essere la totalità dei frutti che la cosa produce nell'annata; 2.° che tale divisione non può essere definitiva se non che aspettando che le raccolte siano fatte.

Se il marito per un dato tempo dell'anno, per esempio, per quattro mesi, ha sostenuto gli oneri del matrimonio, se a questi oneri deve supplire coi frutti dotali, è evidente che debba entrare in calcalo la totalità dei frutti onde determinare la quota che in proporzione del tempo si spetta ad esso o ai di lui eredi. E se devesi prendere in calcolo la totalità dei frutti dell'annata è una conseguenza necessaria che per la liquidazione definitiva debbasi attendere che tutti i frutti che può produrre la cosa nell'anno siano raccolti.

1342. Parlando l'articolo 1416, di divisione di frutti in proporzione della durata del matrimonio nell'ultimo anno, fa chiaramente intendere che si tratta di una divisione *in natura* e non di una indennità pecuniaria dietro stima da farsi dei frutti percetti nel corso dei dodici mesi che completano l'anno, a partire dal giorno anniversario di quello in cui venne celebrato il matrimonio. Cosicchè per esempio, se il marito morisse avanti la raccolta del grano, egli trasmetterebbe ai suoi eredi il diritto di esigere la loro parte in natura; come se fosse morto dopo questa raccolta, la vedova non potrebbe pretendere la raccolta intiera dell' uva, o rifiutarsi a darne la debita parte agli eredi del marito.

1343. Se il *modo* di coltivazione sia di tal natura che i frutti non si percepiscano in ciascun anno, ma a delle epoche periodiche più o meno lontane, i prodotti di ciascun periodo devono dividersi ugualmente in ciascuno degli anni di cui questo periodo si compone. Così, se la dote consiste in boschi *cedui* che si taglino ogni cinque anni, il marito ha diritto per ciascun anno di matrimonio a un quinto del relativo prodotto che, in tale proporzione deve dividersi nell'ultima annata (95).

1344. Relativamente ai frutti civili, questi, a norma dell'articolo 481, si intendono acquistati giorno per giorno, cioè, che in ciascun giorno si acquista la proprietà di una porzione di questi frutti, benchè non si siano ancora ricevuti o non sia venuto il tempo della loro scadenza.

(94) Cubain — *Des droits des femmes n. 437*

(95) « *Quod in anno dicitur potest dici et* « *in sex mensibus...... Et in pluribus annis i-* « *dem dici potest, ut in sylva caedua.* » Leg. 7. § 7. ff. solut. matrim.

Così, alla fine di ciascun giorno il marito, ugualmentechè l'usufruttuario, acquista il diritto di esigere alla scadenza la trecentosessantacinquesima parte dei frutti civili dell'annata corrente dei beni dotali. In forza di questo principio il modo di ripartizione riesce semplice e facile. Non si tratta che di stabilire il numero dei mesi o dei giorni in cui ha durato il matrimonio nell' ultimo anno, e dietro tal computo determinare la quantità dei frutti che si pervengono al marito o ai di lui eredi.

1345. Fra i frutti civili ve ne sono alcuni che gli Scrittori chiamano *irregolari*, inquantochè non si producono in una maniera uguale in ciascun giorno dell'anno, e per la cui ripartizione fra i coniugi o loro eredi si sono sollevate difficoltà inestricabili. Osserva però *Cubain*, e giustamente, che anche a riguardo di questi frutti la divisione deve operarsi sulla totalità dei medesimi nell'annata, e che in conseguenza basta attendere che l'anno sia spirato; si fa allora la *massa* dei frutti, e si ripartiscono come se fossero regolarmente prodotti giorno per giorno (96).

1346. Se il marito, sciolto il matrimonio, è obbligato a restituire la dote, non può nascer dubbio sul diritto a lui competente di ottenere il rimborso delle spese fatte per la conservazione dei beni dotali, per migliorarne o aumentarne la rendita; altrimenti la donna o i suoi eredi si arricchirebbero a danno del medesimo.

Il Codice non contiene alcuna disposizione a ciò relativa, ed è necessità ricorrere, come vi autorizza l'art. 3, ai principii generali del diritto.

1347. Le leggi Romane distinguono le spese in *necessarie, utili e voluttuarie.*

Dicono *necessarie* le spese » *quae habent in se necessitatem impendendi* » (97) cioè, la di cui urgenza è tale che se non fossero fatte, la cosa sarebbe esposta a perire o ad essere deteriorata (98).

Utili quelle che sono fatte dal marito per migliorare o aumentare di valore le cose dotali, ma che non sono necessarie alla loro conservazione.

Voluttuarie, quelle che sono fatte ad ornamento ed abbellimento della cosa, non già per aumentarne il frutto (99).

1348. Sulla scorta di questa distinzione, vediamo quali spese debbano essere rifuse al marito.

1349. Le spese necessarie devono sempre ed in ogni caso essere rimborsate. (100). Entrano certamente in questa categoria le spese occorse per le riparazioni straordinarie di cui, in tema d' usufrutto, parla l'art. 302, e che pone a carico del proprietario. — Vi entrano ugualmente le spese per ricostruire gli edifizi caduti per vecchiezza o per caso fortuito (101).

In questi, e nei casi simili che possono presentarsi, la refusione al marito delle spese da lui fatte deve essere piena e completa.

1350. In quanto alle spese utili, non necessarie cioè alla conservazione dell'immobile dotale, ma che lo migliorano, lo rendono più produttivo e ne aumentano la rendita, il marito non può ripetere se non se quelle fatte per la utilità *perpetua* del fondo, non già le spese fatte per ottenerne una *utilità* temporaria (102). — Ed anche

(96) *Des droits des femmes n. 410.*

(97) *Leg. 1. ff. de impens. in re dot. fact.*

(98) « *Impensae necessariae sunt quae si* « *factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.* »
Leg. 79. ff. de verb. signif.

(99) *Detta legge § 1 e 2.*

(100) *Leg. 5. ff. de impens. in re dot fact.*

(101) « *Plane si novam villam necessario* « *extruxit, vel veterem totam sine culpa sua* « *collapsam restituerit; erit ejus impensae petitio.* » Leg. 7. § 16. ff. solut. matrim.

(102) « *Nos generaliter definiemus, multum* « *interesse ad perpetuam utilitatem agri, vel* « *ad eam quae non ad praesentis temporis pertineat, an vero ad praesentis anni fructum:* « *si in praesentibus cum fructibus compensandum, si vero non fuit ad praesens tantum* « *apta erogatio, necessariis impensis computandum.* » Leg. 3. § 1. ff. de impens in re dot. fact.

nella esistenza di questa utilità perpetua il rimborso deve limitarsi al valore dell'aumento verificatosi nel fondo all'epoca dello scioglimento del matrimonio, poichè ove tale aumento non esistesse, ne resulterebbe che le spese fatte non ebbero per scopo che una utilità passeggiera.

1351. Finalmente quanto alle spese voluttuarie, il marito non ha diritto a ripeterle, sebbene siano state fatte col consenso ed anche per l'espresso volere della moglie. Deve imputare se stesso di avere troppo facilmente condisceso ai desideri della moglie; essa era sotto la sua potestà, toccava a lui il dirigerla (103).

Però se la moglie non ha obbligo di rifondere tali spese, il marito ha diritto di togliere tuttociò che pose ad ornamento ed abbellimento del fondo, purchè la separazione possa effettuarsi senza danno e deterioramento del fondo stesso. (104).

1352. Ancora un'avvertenza. L'articolo 1417, stabilisce che se l'immobile dotale fu affittato durante il matrimonio dal solo marito, deve osservarsi quanto è prescritto per le locazioni fatte dall'usufruttuario. — Ora l'articolo 493 dispone che » *le locazioni fatte dall'usufruttuario per un* » *tempo eccedente i cinque anni non sono du*» *revoli nel caso di cessazione dell'usufrut*» *to, se non per il quinquennio che si trova* » *in corso al tempo in cui cessa l'usufrut*» *to computando il primo quinquennio dal* » *giorno in cui ebbe principio la locazione e* » *gli altri successivi dal giorno della sca*» *denza del precedente quinquennio. — Le* » *locazioni per un quinquennio e per un* » *minor tempo, che l'usufruttuario ha pat*» *tuite o rinnovate più di un anno prima* » *della loro esecuzione, se i beni sono ru*» *stici, e più di sei mesi primo, se trattasi* » *di case, non hanno verun effetto, quando* » *la loro esecuzione non abbia cominciato* » *prima che cessasse l'usufrutto.* »

(103) « *In voluptuariis autem Aristo scri*« *bit, nec si voluntate mulieris factae sunt,* « *exactionem parere.* » Leg. 11. ff. eod.

(104) « *Pro voluptuariis, impensis nisi parata* « *tier pati maritum tollentem, exactionem* « *patitur nam si vult habere mulier, reddere* « *ea quae un pensa sunt, debet marito: aut si* « *non vult, pati debet tolletem: si modo reci*« *piant separationem. Caeterum si non reci*« *piant, rentiquendae sunt.* » Leg. 9. ff. eod.

CAPITOLO SETTIMO

—

Della separazione della dote dai beni del marito.

SOMMARIO

1353. 1354. 1355. 1356. 1357. Cause per le quali si può domandare la separazione della dote.
1358. Chi possa domandarla.
1359. Effetti.
1360. La moglie riprende l'amministrazione dei suoi beni dotali.
1361. 1362. Non rimane però prosciolta dalla autorità maritale.
1363. 1364. La dote rimane inalienabile.
1365. La moglie deve contribuire alle spese domestiche ed a quelle della educazione della prole.
1366. 1367. Gli effetti della separazione sono retroattivi al giorno della domanda.
1368. Diritti del marito nella pendenza del giudizio.
1369. La separazione deve essere giudiziale.
1370. 1371. Se la donna per intentare il giudizio debba essere preventivamente autorizzata.
1372. 1373. 1374. Quando la sentenza di separazione rimanga senza effetto.
1375. 1376. 1377. Come i creditori del marito possano provvedere al loro interesse.

1353. La moglie può domandare la separazione della dote: 1.° quando sia in pericolo di perderla; 2.° quando il disordine degli affari del marito lasci temere che i beni del medesimo non siano sufficienti per soddisfare i di lei diritti (*articolo 1418*).

1354. Queste due cause di separazione, comunque a primo aspetto sembrino identificarsi e confondersi, sono però grandemente separate e distinte tra loro.

L'articolo 1418, parlando, infatti — di pericolo di perdere la dote — di timore

che i beni del marito siano insufficienti a soddisfare i diritti della moglie, distingue evidentemente la dote dai *vantaggi* che possono derivare alla donna dalle convenzioni matrimoniali.

La moglie, senza avere apportato una dote al marito, può aver diritto ai *vantaggi* stipulati a di lei favore nel contratto di matrimonio, per esempio, una donazione; come, avendo apportato una dote, non può competerle vantaggio alcuno perchè niuno ne fu stipulato. Quindi è che il *pericolo* della dote non presuppone necessariamente che vi sia luogo a temere per gli altri *diritti*, come il timore di perdere questi diritti non presuppone che vi sia pericolo per la dote.

Nella prima delle ipotesi contemplate dalla legge, la separazione è diretta a far cessare un pericolo *attuale*, rendendo alla dote la sua destinazione naturale quale è di essere impiegata a procurare alla donna e alla famiglia una posizione conveniente. Nella seconda ipotesi la separazione ha, per scopo di prevenire un pericolo *imminente* conservando ai diritti della moglie la loro *utilità* in attesa dèl momento nel quale possano essere esercitati.

1355. La moglie può ancora domandare la separazione della dote quando abbia ottenuto sentenza di separazione personale contro il marito *(detto art.* 1418, 1.° *capoverso).*

1356. All' infuori di queste, niun'altra causa è ammessa dalla legge.

Così, non varrebbero le *esecuzioni* che potessero essere fatte sopra i beni del marito, quando la dote fosse pienamente garantita mediante la sua ipoteca legale.

Parimente non sarebbero cause di separazione la interdizione o la inabilitazione del marito, o il fatto di non avere esso impiegato i capitali dotali, conforme si era obbligato, perchè in quest' ultimo caso se esso manca agli impegni assunti, non ne segue che debbansi modificare le convenzioni matrimoniali, ciò che avviene colla separazione della dote. Alla moglie non compete altro diritto che domandare, per le vie giudiziarie ordinarie, la esecuzione delle clausule del contratto (105).

1357. Ciò nonostante, la separazione deve essere pronunziata tutte le volte che si verificano le previsioni dell'articolo 1418. Poco importa che ciò sia a causa della mala condotta del marito, o per disgrazie che non gli sono imputabili, o ancora a causa dei disordini della stessa moglie. La separazione non è una punizione inflitta al marito; essa è un mezzo di salvezza riservato alla donna in caso di pericolo onde provvedere colle rendite dotali » *ad sustentationem tam sui, quam mariti,* » *filiorumque si quos habet* » (106).

1358. La moglie soltanto può domandare la separazione della dote. È prescrizione formale del citato articolo 1418 » *la* » *separazione della dote non può domandarsi se non dalla moglie* »

Il marito non può domandarla giammai, perchè non gli è permesso di provocare la propria decadenza (107).

Non lo possono i creditori particolari della donna se essa non vi consente *(articolo* 1421*)*. È questa una eccezione che la legge fa al principio, che i creditori possono esercitare tutti i diritti e tutte le azioni del debitore *(art.* 1234*)*.

In quanto agli eredi della donna, essi possono continuare il giudizio iniziato dalla loro autrice, ma all'unico oggetto di fare rimontare gli effetti della separazione al giorno della domanda. (108).

1359. Indicate così, sommariamente, le cause che autorizzano la separazione dei beni, e chi possa intentarla, passiamo ad esaminarne gli effetti.

1360. Ottenuta la separazione, la moglie ha la libera amministrazione dei beni dotali. Non già una amministrazione pura e semplice, limitata cioè a conser-

(105) Cubain — *des droits des femmes n. 466.*
(106) *Leg. 29. Cod. de jur. dot.*
(107) Cubain — *n. 474.*
(108) Id. *n.° 473.*

vare i beni ed a curarne la produzione, ma estesa invece al diritto di agire contro i debitori e detentori della dote, di riscuoterne i frutti e gli interessi, di esigere la restituzione dei capitali *(art.* 1399*)* La separazione non fa che sostituire la moglie al posto del marito; essa quindi deve goderne tutti i diritti.

1361. Ma questa libertà di amministrazione che la legge concede alla donna non porta fino al punto di proscioglierla dalla autorità maritale, ne di togliere ai beni il vincolo della dotalità che gli fu impresso col contratto di matrimonio.

1362. In forza di questa separazione la moglie non riacquista la sua piena capacità giuridica, como la riacquista per la separazione personale intervenuta per colpa del marito *(art.* 156, *n.° 2)*. In quanto concerne i beni *parafernali*, essa non può obbligarsi o stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito *(art.* 134*)*. Ma, relativamente ai beni dotali essa può liberamente obbligarsi, ed anche stare in giudizio per ciò che riflette l'amministrazione nel senso da noi superiormente indicato, senza bisogno della autorizzazione del marito. Sarebbe, infatti, assurdo che il marito il quale per la propria colpa perde l'amministrazione dei beni dotali, dovesse poi in modo indiretto, mediante la sua autorizzazione, tornare ad aver parte in quella amministrazione che la legge gli toglie per conferirla esclusivamente alla moglie.

1363. La separazione dei beni non fa cessare la inalienabilità della dote. Ciò è prescritto dall'articolo 1424, » *La dote* » *rimane inalienabile.* »

La inalienabilità, infatti, avendo per fino di sottrarre gli immobili dotali alla influenza maritale, deve durare quanto il matrimonio. Questa inalienabilità, dice *Cubain*, — non può essere tanto necessaria, quanto, allorchè gli affari del marito sono in un disordine tale che la separazione dei beni dovuto essore pronunziata. È allora sopratutto che la moglie è abbandonata alle sollecitazioni, alle esigenze dei creditori e dello stesso marito; è allora specialmente che essa ha bisogno di trovare protezione nel rigore inflessibile della legge. Se la inalienabilità cessasse colla separazione, questa, contrariamente alla legge, sarebbe un mezzo, non di salvare il patrimonio della moglie ma di abbadonarlo ai creditori. La moglie domanderebbe la separazione dei beni affine di potere fare il sacrifizio dei suoi immobili dotali (109). —

1364. La dote, non ostante la separazione, deve rimanere intatta ed inalienabile; e poichè il marito rimane obbligato di restituire alla moglie gl'immobili ed i mobili che ne formarono subietto, non che i capitali che a questo titolo vennero a lui affidati, così la legge prescrive che » *le somme che la moglie riceve in sod-* » *disfazione di essa (dote) sono dotali e de-* » *vono impiegarsi colla autorizzazione giu-* » *diziale.* » *(art.* 1424*)*.

E qui giova prendere in speciale considerazione come per l'impiego di questi capitali dotali, non si ricerchi il consenso del marito, come per regola si richiede in tutte le alienazioni della dote *(articolo* 1405*)*, ma invece si richieda la sola autorizzazione giudiziale, appunto perchè il marito, per il fatto della avvenuta separazione, è decaduto da qualunque diritto di prestare il proprio consenso a qualsivoglia alienazione.

1365. Di fronte ai diritti che la legge attribuisce alla moglie nell'assumere l'amministrazione della dote, essa deve adempiere ancora a delle obbligazioni » *deve* » *contribuire, in proporzione delle sue so-* » *stanze e di quelle del marito, alle spese* » *domestiche. ed a quelle della educazione* » *della prole* » *(art.* 1423*)*.

Se la obbligazione di mantenere, educare, ed istruire la prole, è una obbligazione comune ad ambidue i coniugi come una condizione derivante dal matrimonio

(109) *Op. cit. n.° 476.*

(art. 138). a maggior ragione la moglie deve contribuire alla soddisfazione di quest'obbligo quando, amministrando i beni dotali, essa percepisce quelle rendite che sono destinate appunto a sostenere i pesi del matrimonio.

Anche qui la legge non determina la misura della contribuzione da farsi dalla moglie nelle spese della famiglia, ma dichiara che deve essere » *in proporzione* » *delle sue sostanze, e di quelle del marito,* » vale a dire, relativamente alla moglie, in proporzione non solo delle rendite dotali ma ancora delle rendite parafernali, poichè la separazione non può far sì di esentare le rendite parafernali dall'obbligo di questo contributo *(art. 1426)*.

Si intende bene che la moglie sarà obbligata a sopportare la spesa intiera del mantenimento della famiglia quando niente rimanga al marito per supplirvi.

1366. La separazione non raggiungerebbe che imperfettamente il suo scopo, se gli effetti non rimontassero al giorno nel quale venne domandata. Infatti senza questa retroattività i beni e le loro rendite, sopra cui la donna deve esercitare i suoi diritti, potrebbero, nell' intervallo fra la domanda e la sentenza, divenire la preda dei creditori del marito, ed essere sottratti alla azione della donna per mezzo di alienazioni consentite dal marito stesso. A questo provvede appunto l'articolo 1420, disponendo che » *la sentenza che* » *pronunzia la separazione dei beni, è retrò-* » *attiva sino al giorno della domanda.* »

Si potrà opporre che il principio della *retroattività* arreca un pregiudizio a' terzi che hanno contrattato in buona fede col marito, Si, è vero; ma di fronte a questo pregiudizio dei terzi vi è là il *diritto* della donna, diritto acquisito dal giorno del contratto di matrimonio, mediante cui formava dei suoi beni un patrimonio particolare col titolo di dote, destinandone le rendite al solo ed unico oggetto di sostenere i pesi del matrimonio. Ora quando questa dote è in pericolo, qnando vi è timore che venga a mancare lo scopo contemplato e voluto dalle parti nelle loro convenzioni matrimoniali, il diritto ad ottenerne l'adempimento sarà sempre di gran lunga anteriore a quello che possa vantare un terzo che abbia contrattato col marito. Egli è in colpa per non essersi assicurato della solvibilità del suo debitore, tantopiù quando era già iniziata una domanda di separazione di beni.

1367. Se gli effetti della separazione rimontano al giorno della domanda quanto ai diritti della donna, devono ugualmente rimontare a quel giorno, quanto alle sue obbligazioni. Così, se la moglie può esigere gli interessi della sua dote a partire dal giorno della domanda, deve parimente da quella data contribuire ai pesi del matrimonio.

1368. Però da questo principio di retroattività non si deve concludere che il marito, proposta la domanda di separazione, cessi dall'esercizio dei propri diritti. No, certamente. Il marito capo della società coniugale, conserva l'esercizio di tutti i suoi diritti durante la pendenza del giudizio, salvo le misure conservatorie che la donna fosse stata autorizzata a prendere, e salvo a render conto della sua gestione in quel periodo di tempo quando la separazione sia stata pronunziata.

1369. È indubitato che la separazione dei beni produce delle modificazioni sostanziali alle convenzioni matrimoniali in quantochè non solo toglie al marito l'amministrazione e la percezione delle rendite della dote, che il contratto di matrimonio gli aveva conferite, ma l'obbliga ancora alla restituzione della dote stessa. È certo ugualmente che, celebrato il matrimonio, le parti non possono cangiare in modo alcuno le convenzioni stipulate nel relativo contratto *(art. 1385)*.

Ciò essendo, era necessità logica lo stabilire, siccome ha fatto l'articolo 1418 che » *la separazione della dote non può do-* » *mandarsi che giudizialmente — che ogni* » *separazione stragiudiziale è nulla.* » È

così chiara e formale la disposizione contenuta in questo articolo, che qualunque convenzione, qualunque contratto si facesse tra i coniugi per devenire alla separazione, sarebbero immancabilmente nulli, e questa nullità potrebbe essere dedotta non solo dai coniugi, ma dai loro eredi, ed anche dai loro creditori.

1370. Il nostro Codice di procedura civile, mentre traccia un procedimento speciale per le *autorizzazioni* da darsi alla donna maritata, non contiene poi nessuna disposizione relativamente alla separazione della dote. È pertanto indubitato che il giudizio relativo debba iniziarsi e proseguirsi nelle forme ordinarie stabilite per le altre cause.

1371. Ma per intentare questo giudizio dovrà la donna esservi autorizzata preventivamente?...

Se si volesse procedere con argomenti di analogia, inquanto la legge non permette alla donna maritata di stare in giudizio, per ciò che concerne i beni *parafernali*, senza l'autorizzazione del marito o quella suppletiva della giustizia, *(art. 134, 136)*, potrebbe concludersene che, verificandosi la opposizione di interessi contemplata dalla legge, debba la moglie essere autorizzata preventivamente dalla giustizia a formare la sua domanda di separazione di beni.

Ma a questi argomenti di analogia, pare a noi, che possano opporsene altri. La moglie per domandare la separazione *personale* non ha bisogno di alcuna autorizzazione preventiva: ciò resulta evidente dagl'articoli 806 e seg. del Codice di procedura civile. Ora, se in cosa di tanta maggiore importanza può la donna intentare il giudizio senza preventiva autorizzazione, non vi sarebbe davvero ragione che debba esserle negato lo stesso diritto quando si tratta della separazione della dote. D'altronde le parole stesse dell'articolo 1418, » *la separazione della dote non » può domandarsi se non giudizialmente dalla » moglie* » rivelano chiaramente il pensiero del legislatore diretto esclusivamente a concedere alla medesima la facoltà di intentare il relativo giudizio senza che questa facoltà sia sottoposta a preventive indagini, o controllo di sorta.

1372. Non basta che la *domanda* della moglie sia stata accolta, e pronunziata la sentenza. Nell'interesse dei terzi, ed all'oggetto che essi, conoscendo la realtà delle cose, possano prendere le misure legali opportune, la legge prescrive l'adempimento di speciali formalità disponendo che » *la separazione della dote pronunziata dalla autorità giudiziaria, rimane senza effetto, quando fra sessanta » giorni successivi alla sentenza non sia » stata eseguita mediante atto pubblico, col » reale soddisfacimento dei diritti spettanti » alla moglie, sino alla concorrenza dei beni » del marito, od almeno nel detto termine la » moglie non abbia proposte e proseguite le » relative istanze.* » *(art. 1419.)*

Due dunque sono le condizioni richieste perchè la sentenza produca i suoi giuridici effetti: 1.° che nei sessanta giorni successivi sia eseguita 2.° o che in questo periodo di tempo la donna abbia proposte e proseguite le istanze relative per porla ad esecuzione.

1373. Non è a porsi in dubbio la giustizia di queste disposizioni. La sentenza resa sopra la domanda in *separazione*, qualunque ne siano i termini ed il tenore, non può di per se, e di fatto, operare la separazione reale dei beni del marito e della moglie. Essa non può che permetterla, ed ordinare che sarà o potrà essere fatta; in una parola essa non da ne può dare alla donna che il diritto di ottenerla. Ma questo diritto non è niente, esso svanisce se la separazione non è effettuata. È dunque nella esecuzione della sentenza che consiste la sua esistenza, e la sua realtà. La moglie si deve dare ogni cura per farla eseguire perchè il diritto di separare i suoi beni da quelli del marito è subordinato espressamente alla condizione, che essa farà eseguire questa

separazione nei sessanta giorni che seguono la sentenza stessa, e ciò o col reale soddisfacimento dei diritti che le si spettano, o coll'avere proposte e proseguite le istanze occorrenti per portare ad esecuzione la sentenza. Se la moglie lasciasse passere il termine dei sessanta giorni senza adempire alle prescrizioni della legge, il di lei diritto si estingue e la sentenza " *rimane senza effetto.* "

1374. Ma quale sarà il proseguimento di esecuzione che prolunga il termine dei sessanta giorni?...

Certamente l'articolo 1419, colle frasi " *istanze proposte e proseguite* " ha inteso e voluto che siano stati posti in essere tutti quelli atti che possano portare ad esecuzione la sentenza. Quindi non basterebbe la semplice notificazione della sentenza stessa fatta al marito, perchè non sarebbe che la significazione che si da ad esso di quella pronunzia, ma non sarebbe già un proseguimento di esecuzione. A tale effetto bisogna che siano stati posti in essere gli atti che la legge prescrive per le esecuzioni; per esempio, il precetto dei cinque giorni, il pignoramento, se si tratta di beni mobili; il precetto dei trenta giorni, la domanda per la nomina del perito trattandosi di immobili, ecc. (110). In sostanza deve la donna aver fatto nel suddetto termine quel più che per lei si poteva onde portare ad esecuzione la sentenza stata pronunziata a suo favore.

1375. I creditori del marito possono provvedere al loro interesse in due modi — o intervenire al giudizio per opporsi alla domanda di separazione — o reclamare contro la sentenza che l'ha pronunziata, *(art. 1422.)*

1376. Intervenendo al giudizio essi hanno certamente la facoltà di assistervi per vegliare che i loro diritti non soffrano detrimento, e di contradire le domande della moglie se loro sembrino inammissibili ed esagerate.

(110) *Cod. di proc. civ. art. 577 659 663.*

1377. Se non si sono valsi di questo diritto, i creditori, conforme dispone l'articolo 1422, " *possono reclamare contro la* " *separazione della dote pronunziata dalla* " *autorità giudiziaria, ed anche eseguita in* " *frode dei loro diritti.* "

Questo diritto di reclamo, come bene si apprende, non si risolve che nella *opposizione del terzo,* mediante la quale la legge permette ai creditori di una delle parti di impugnare la sentenza che sia l'effetto di dolo o collusione a loro danno, (111).

SEZIONE TERZA

—

Dei beni parafernali.

SOMMARIO.

1378. 1379. Quali beni abbiano il carattere di parafernali.
1380. Quid, *dei beni acquistati dalla moglie durante il matrimonio.*
1381. Quid, *della riserva di porzione delle rendite dotali fatta dalla moglie nel contratto di matrimonio.*
1382. La moglie ritiene il dominio, l'amministrazione, ed il godimento dei suoi parafernali.
1383. Non ne ha peraltro la libera disponibilità.
1384. 1385. La moglie deve coi suoi parafernali contribuire ai pesi del matrimonio.
1386. Ipotesi configurate dalla legge quando i beni parafernali siano amministrati dal marito.
1387. 1388. 1389. 1390. Mandato conferito dalla moglie — senza condizione di render conto — subordinato a questa condizione.
1391. Se il mandato conferito nel contratto di matrimonio sia rivocabile.
1392. Amministrazione per parte del marito senza mandato, ma senza opposizione della moglie.
1393. 1394. 1395. Quando cessi — Effetti.
1396. Cosa debba intendersi per frutti esistenti.
1397. Obblighi del marito che amministra e gode dei beni parafernali.
1398. Se possa ripetere il valore dei miglioramenti fatti.

(111) *Cod. di proc. civ. art. 512.*

1399. Amministrazione per parte del marito nonostante la opposizione della moglie.
1400. Cosa si intenda per opposizione.
1401. 1402. 1403. 1404. 1405. 1406. 1407. Effetti.

1378. Il nostro Codice non impone alcun sistema alla società coniugale. Esso lascia piena libertà alle parti di stabilire, a riguardo dei beni, quelle convenzioni che meglio loro talentano; perciò non regime *dotale*, non regime della *comunione* se l'uno o l'altro, o ambidue unitamente, non siano stati stipulati nel contratto di matrimonio. La regola legale è il regime della *separazione*, per il quale ciascuno dei coniugi conserva sopra i propri beni quelle facoltà che la legge concede a tutti. — Su'questo è fondata la definizione che l'articolo 1425, dà dei beni parafernali. » *Sono parafernali tutti i beni* » *della moglie che non sono stati costituiti* » *in dote* » — Quindi per conoscere quando i beni della donna siano una di lei proprietà libera basta ricercare se, in ordine alle convenzioni matrimoniali, tutti o parte di quei beni restino o no investiti dal vincolo della dotalità.

1379. La *dotalità* dei beni, essendo un vincolo al diritto di proprietà, non vi è dubbio che debba essere stipulata espressamente nel contratto di matrimonio: essa non può desumersi da argomenti di presunta volontà delle parti, e nella mancanza di una dichiarazione esplicita tutti i beni della donna devono ritenersi per parafernali, *(arg. 1388, 1390)*.

Però la legge non prescrive una formola sacramentale per la stipulazione della dote. Per esempio, se la donna dichiarasse che essa apporta al marito il tale immobile, o la tal somma per aiutarlo a sopportare gli oneri del matrimonio, nessun dubbio, che essa non abbia costituito validamente quell'immobile o quella somma con il carattere dotale. Lo scopo cui è diretta la costituzione di quei beni le imprimo necessariamente il carattere della dotalità. (1).

Ma non sarebbe a dirsi lo stesso se la sposa, costituendosi una dote, dichiarasse inalienabili i rimanenti suoi beni parafernali. La inalienabilità è un carattere distintivo della dote, ma non ne forma la essenza; tanto ciò è vero che la alienazione della dote può essere stipulata nel contratto di matrimonio; quindi la stipulazione della inalienabilità dei beni parafernali non potrebbe giuridicamente imprimere ai medesimi il carattere della dotalità. (2).

1380. I beni che la moglie acquisti durante il matrimonio sono parafernali?...

È ben noto che il diritto Romano, ad evitare il sospetto di indonesti guadagni, stabiliva che tutto ciò che si acquistava dalla moglie durante il matrimonio doveva ritenersi acquistato coi danari del marito, e che conseguentemente si apparteneva al medesimo. (3).

Questo principio non potrebbe applicarsi indistintamente di fronte al nostro Codice. Se la costituzione della dote è generale, e comprende non solo tutti i beni presenti della donna ma ancora i di lei beni futuri, certamente i beni che essa acquistasse durante il matrimonio, dovendosi presumere acquistati coi danari del marito, non potrebbero ritenersi per *parafernali;* ma se la costituzione dotale non comprendesse che i beni *presenti*, gli acquisti fatti successivamente dalla donna dovrebbero aversi per una proprietà libera della medesima, per *parafernali* (4).

1381. Un'altra indagine. — La riserva fatta dalla moglie in virtù dell'articolo 1399, di una porzione delle rendite dei suoi beni dotali attribuisce a questa porzione il carattere di parafernale?

Anche qui bisogna procedere con una

(1) *Duranton. Tom. 15 n. 338.*

(2) *Cass. 9 Nov. 1826. Duroux c. Chaumeil.*
(3) *Leg. Quintus Mucius 51 ff. de donat. int. vir. et uxor.*
(4) *Riom. 2 Fev. 1809. Perrin.*
— *Bordeaux 30 juill. 1833. Deschamps c. Rinaud.*

distinzione — o la donna riservandosi porzione delle sue rendite si è riservata pure il diritto di disporne liberamente — o si è convenuto che debba usarne per i suoi bisogni personali. Nel primo caso la porzione riservata riveste il carattere di *parafernale*, nel secondo è *dotale*, inquantochè le spese occorrenti per i bisogni della moglie fanno parte dei pesi del matrimonio, ai quali deve supplire il marito colle rendite dotali (5).

1382. La moglie ritiene il dominio, l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni parafernali. Questo diritto di amministrazione e di godimento compete a lei esclusivamente, nè può esercitarsi dal marito se non ne ha ricevuto l'opportuno mandato » *il marito non ha diritto di » amministrarli nè di esigerne i crediti, » se non ne ha da essa il mandato » (articolo 1427)*.

Il matrimonio, infatti, non dà, per se stesso, alcun diritto al marito sopra i beni della moglie, la quale deve continuare a godere gli stessi diritti che godeva per l'avanti e che sono inerenti alla proprietà. Il citato articolo 1427, non fa che consacrare il principio, che non si trasferiscono in altri i nostri diritti senza il concorso della nostra volontà. (6.)

1383. Ma se la moglie può liberamente amministrare i suoi beni parafernali, perciperne e goderne le rendite, non ne ha però la libera disponibilità. Essa non può alienarli, stare in giudizio od obbligarsi relativamente a tali beni senza il consenso del marito, o senza l'autorizzazione della giustizia *(art. 134 136)*, inquantochè la incapacità della donna a contrattare o stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito è una legge personale e generale, fondata sulla potestà che viene concessa al marito indipendentemente e senza riguardo alcuno ai beni appartenenti alla moglie (7).

Ma la riserva di alienare i suoi beni parafernali fatta dalla moglie nel contratto di matrimonio darebbe ad essa il diritto di disporne senza l'autorizzazione del marito?...

Crediamo che sì. Quella riserva stipulata nel contratto di matrimonio dovendo necessariamente presumersi per consentita dal marito, non può apprendersi che come una autorizzazione preventiva che esso da alla moglie; ciò che non incontra ostacolo, anzi trova appoggio nella legge *(art. 134)*. L'unica limitazione che può subire quella facoltà è il diritto competente al marito di rivocare l'autorizzazione concessa.

1384. Se la legge della proprietà non permette al marito di immischiarsi, contro la volontà della moglie, nella amministrazione dei suoi beni parafernali, la giustizia non permette d'altra parte che uno dei coniugi sopporti solo i carichi comuni del matrimonio, mentre l'altro è in stato di contribuirvi, e no ha i mezzi. — In considerazione di ciò l'art. 1426, prescrive che » *la moglie che ha beni para- » fernali, se nel contratto di matrimonio non » fu determinata la parte per la quale deve » soggiacere ai pesi del matrimonio, vi con- » tribuisce nella proporzione stabilita nel- » l'articolo* 138. » Ora questo articolo 138 stabilisce appunto che la obbligazione di mantenere, educare, ed istruire la prole spetta al padre ed alla madre in proporzione delle loro sostanze, computati nel contributo della madre i frutti della dote.

1385. La legge non fissa alcun limite

(5) Benoit — *Des paraphernaux n. 15.*

(6) « *Id quod nostrum est sine facto nostro « ad alium transferri non potest.* » Leg. 11 ff. de reg. jur.

(7) Per le leggi Romane la moglie aveva sopra i beni parafernali i diritti più estesi. Essa poteva non solo amministrarli o goderne le rendite senza il concorso del marito, ma poteva ancora esercitare tutte le azioni relative e disporne sia a titolo *oneroso* sia a titolo *gratuito*. « *Leg. 8 Cod. de pact. convent. — nullo « modo (ut dictum est) muliere prohibente vi- « rum in paraphernis se volumus immiscere.* »

a questo contributo. L'obbligo di soggiacere ai pesi del matrimonio è reciproco nei coniugi, e la moglie deve contribuirvi con tutte le sue sostanze quando il marito non abbia modo alcuno per sopperirvi, o con parte dei suoi redditi quando i mezzi di cui può disporre il marito non siano sufficienti. È questo il senso nel quale, a parer nostro, deve intendersi la disposizione » *in proporzione delle sue so-* » *stanze e di quelle del marito.* »

1386. Comunque l'amministrazione ed il godimento dei beni *parafernali* siano diritti esclusivi della moglie, può per altro verificarsi facilmente che sia il marito quello che realmente esercita tali diritti. In questa posizione di fatto il Codice configura tre casi: 1.° che il marito amministri con mandato della moglie; 2.° che amministri senza mandato ma senza opposiziono della medesima; 3.° che amministri senza mandato e con opposizione.

1387. Relativamente al mandato ad amministrare, merita, prima di tutto, rimarcare la disposizione tutta particolare contenuta negli articoli 1428, 1429, che stabiliscono.

Art. 1428. » *Se la moglie costituisce il* » *marito procuratore ad amministrare i* » *suoi beni parafernali, a condizione che* » *renda conto dei frutti, egli è obbligato* » *verso la medesima come qualunque oltro* » *procuratore.* »

Art. 1429. » *Se il marito ha goduto dei* » *beni parafernali senza procura.... od an-* » *che con procura ma senza condizione di* » *render conto dei frutti, egli o i suoi e-* » *redi.... non sono tenuti che a consegnare* » *i frutti esistenti, senza obbligo di ren-* » *dere quelli già consumati.* »

Resulta dunque chiaramente — che il solo fatto della amministrazione conferita al marito attribuisce, per regola, al medesimo il diritto di far propri i frutti, rimanendo obbligato a consegnare quelli esistenti — che allora solo è obbligato a rendere conto quando questa condizione è stata espressa nel mandato.

1388. Non vi è dubbio: in questa disposizione si contiene una deroga al diritto comune inquantochè è certo, che chiunque amministra i beni altrui è tenuto a renderne conto, ed a comprendervi tutti i frutti, non solo esistenti, ma ancora quelli che non siano stati consumati o impiegati a profitto del proprietario. *(articolo 1747).*

La moglie che affida al marito l'amministrazione dei suoi parafernali non è ragionevolmente a presumersi che lo faccia per costituire un mandatario vero e proprio, ma bensì per il migliore andamento dell'azienda domestica, e colla intenzione che le rendite che egli percipe vengano erogate nella soddisfazione dei pesi del matrimonio, pesi ai quali essa pure è tenuta di contribuire. Ora il fatto di conferire l'amministrazione al marito cosa rivela?... o che la moglie non si reputa adatta a disimpegnarla, o che ritiene il marito possa esercitare i di lei diritti in modo migliore. — Questa fiducia che la donna dimostra nel marito non deve subire restrizioni finchè essa non lo dichiari espressamente apponendo nel mandato la condizione di render conto.

Anco i Giureconsulti Romani ritenevano come un principio di ragione la convenienza che la moglie, che affidava la sua persona al marito, confidasse a lui anche i propri beni, ritenendo che il minimo segno della volontà della moglie per confidare i suoi parafernali al marito fosse sufficiente per autorizzare quest'ultimo a goderne finchè essa non vi faceva opposizione (8).

1389. Allorchè il mandato ad amministrare è subordinato alla condizione di render conto dei frutti, il marito rimane

(8) « *Quamvis enim bonum erat mulierem* « *quae se ipsam marito commisit, res etiam* « *ejusdem pari arbitrio gubernari.* »
Leg. 8. Cod. de pact. convent.

obbligato verso la moglie come qualunque altro procuratore *(art. 1428)*.

Ne consegue pertanto: 1.° Che se il mandato è concepito in termini generali, il marito non può che semplicemente amministrare, nè ha facoltà di alienare, ipotecare, o fare altri atti che eccedano la ordinaria amministrazione *(articolo 1741)*. 2.° Che deve ritenere l'amministrazione per quel tempo che gli venne affidata, o finchè non venga revocato il mandato. 3.° Che deve amministrare da buono e diligente padre di famiglia, rimanendo responsabile non solo del proprio dolo ma anche della sua negligenza *(art. 1745, 1746)*. 4.° Che sciolto il matrimonio, o revocato il mandato, deve rendere conto della sua gestione, e restituire alla moglie, o ai di lei eredi, tuttociò che esso ritiene per l'amministrazione che gli venne affidata *(art. 1747)*.

1390. Quando poi il mandato non è subordinato alla condizione espressa di render conto, gli obblighi surriferiti rimangono fermi, menochè il marito non è tenuto che a consegnare i frutti esistenti senza obbligo di render conto di quelli già consumati *(art. 1430)*.

1391. Il mandato dato dalla moglie al marito nel contratto di matrimonio è rivocabile?...

Crediamo che no. Si tratta di una convenzione che, alla pari di tutte le altre stipulate nel contratto di matrimonio, non può essere cangiata dopo la celebrazione; nè potrebbe farsi eccezione relativamente al *mandato* ognorachè l'articolo 1385, stabilisce che le convenzioni matrimoniali di *qualunque specie esse siano* non possono *in verun modo* cangiarsi dopo la celebrazione del matrimonio; frasi eloquentissime che tolgono il potere di ammettere restrizioni a questo riguardo.

Però quando il marito colla sua cattiva amministrazione mettesse in pericolo la *fortuna* della moglie, non potrebbe essere impedito a questa di domandare la separazione dei beni (9).

1392. Quella stessa communanza ed intimità di rapporti esistente fra i coniugi, che fa presumere nel *mandato scritto* della moglie la dispensa dal render conto, fa presumere ugualmente che il marito, il quale amministra e gode di fatto dei parafernali, ne abbia avuto il mandato tacito dalla moglie. Ed è appunto in forza di questa presunzione che l'articolo 1429, dispone che » *se il marito ha goduto i beni* » *parafernali della moglie senza procura ma* » *senza opposizione per parte di essa, egli o i* » *suoi eredi, alla prima domanda della mo-* » *glie od allo scioglimento del matrimonio, non* » *sono tenuti che a consegnare i frutti, sen-* » *za obbligo di render quelli già consumati.* »

Si reputa che il marito abbia erogato questi frutti col consenso di sua moglie sia nei bisogni della famiglia, sia ad altri usi. Così la semplice non-opposizione della donna a che il marito goda dei beni parafernali manifesta sufficientemente agli occhi della legge la sua volontà che egli li amministri e che ne impieghi le rendite senza renderne conto. È un vero mandato tacito, che la legge permette nelle altre materie *(art. 1730)*, e che autorizza specialmente a riguardo dei beni parafernali, come lo prova il nostro articolo 1429; cosicchè con tutta ragione questo mandato tacito potrebbe anche chiamarsi una presunzione legale.

1393. Ma ogni presunzione deve cedere alla verità dei fatti. — Così il marito amministra e gode i beni parafernali finchè la moglie non dimostri una volontà contraria, e come dice il citato art. 1429, finchè non vi sia opposizione per parte della medesima.

1394. Questo stato di cose ha il suo termine » *alla prima domanda della mo-* » *glie, ed allo scioglimento del matrimonio* » *(articolo 1429)*.

(9) Benoit — *Des paraphernaux. n. 136.* — *Nimes 2. Mai 1807. Foriel c. Dubesset.*

Alla prima domanda della moglie, cioè, quando essa dimostra chiaramente che intende revocare il mandato che tacitamente era stato conferito al marito. — *Allo scioglimento del matrimonio*, perchè ogni mandato cessa colla morte del mandante o del mandatario *(articolo 1757)*.

1395. Principale e sostanziale effetto di questo mandato tacito ad amministrare si è che il marito, o i suoi eredi non hanno obbligo di render conto dei frutti già consumati, e solo sono tenuti » *a consegnare i frutti esistenti* » *(art. 1429)*.

1396. Per frutti *esistenti* si intendono quei frutti che non sono stati ancora consumati, sia all'epoca della *prima domanda* della moglie, sia all'epoca dello scioglimento del matrimonio, e qualunque sia la data della loro percezione, poichè l'articolo 1429 non fa alcuna distinzione sul tempo in cui il marito gli ha raccolti, avanti o dopo la opposizione della moglie. Basta che i frutti siano ancora esistenti al tempo nel quale se ne chiede conto, o al tempo dello scioglimento del matrimonio perchè il marito o i suoi eredi siano tenuti a rappresentarli.

Ciò è applicabile a tutti i frutti *industrioli* qualunque siano, come i grani delle raccolte anteriori alla opposizione e conservati nei magazzini, e simili. — È applicabile ugualmente ai frutti naturali, come i fieni, i legnami, ecc.

Senza dubbio gli stessi principj devono applicarsi ai frutti *civili*. Così, i fitti arretrati, gli interessi scaduti e non pagati dei capitali appartengono alla moglie che sola ha allora il diritto di perciperli; e se i debitori pagassero al marito, non ostante la scienza che avevano della *opposizione* della moglie, essi sarebbero obbligati a pagare una seconda volta a quest'ultima, salva la loro rivalsa contro del marito.

Lo stesso dovrebbe dirsi se il marito avesse venduto dei frutti dei beni parafernali, e che il prezzo non fosse stato per anco pagato all'epoca della *opposizione*; dovrebbero considerarsi come frutti *esistenti*, e quindi restituirsi alla moglie perchè » *pretium succedit loco rei.* »

Parimente, se il marito per il prezzo dei frutti venduti anteriormente alla opposizione avesse ricevuto dal compratore dei *biglietti all'ordine*, questa circostanza non farebbe trapassare nella proprieta del medesimo il prezzo dei frutti: quel prezzo non ancora pagato si potrebbe sempre considerare come *frutto esistente*, ed apparterrebbe alla moglie.

1397. Il marito che amministra e gode i beni parafernali assume tutte le obbligazioni che incombono all'usufruttuario. Così stabilisce l'articolo 1431. — Per conseguenza è obbligato alle riparazioni ordinarie dei fondi, rimanendo le straordinarie a carico del proprietario *(art. 501)*. — È tenuto a tutti i carichi annuali *(art. 506)* al pagamento di tutte le annualità si perpetue come vitalizie, e degli interessi di tutti i debiti o legati di cui i beni siano gravati *(art. 509)*.

Peraltro non sarebbe tenuto a dare cauzione, o a procedere all'inventario dei beni. Non si tratta di un usufruttuario ordinario, ma bensi di un procuratore che deve ritenersi aver piena ed intiera la fiducia della moglie, in quantochè, mancando una esplicita dichiarazione, viene anche esonerato dal render conto. Di più se il marito non è tenuto a dare cauzione per la dote che riceve, quando non vi è stato obbligato nell'atto di costituzione dotale, *(art. 1400)*, non vi sarebbe ragione per sottoporlo a questa obbligazione per i beni parafernali (10).

1398. Cosa dovrà dirsi dei miglioramenti fatti dal marito su i beni parafernali?.... Potrà egli ripeterne il valore?...

Vi sono degli Scrittori che opinano, come i coniugi non debbano esser posti fra loro nei rapporti così rigorosi che esistono tra un usufruttuario ed un nudo proprietario, e che per conseguenza il marito ha

(10) Benoit — *n. 193.*

diritto a ripetere il valore dei miglioramenti che ha fatti (11).

A noi sembra però che non si debba così largheggiare con il marito per la sola ragione dei rapporti di intimità che esistono tra i coniugi. Ognorachè la legge sottopone il medesimo a tutte le obbligazioni dell'usufruttuario, è una conseguenza logica che debba godere anche di tutti i diritti e di tutti i vantaggi che sono inerenti a tal qualità. Ora fra questi diritti e fra questi vantaggi non vi è certamente quello di ripetere il valore dei miglioramenti. Può il marito compensare questi miglioramenti con i deterioramenti che fossero seguiti senza grave colpa del medesimo; può ripigliare le fatte *addizioni* ove siano suscettibili di separazione, ma non potrà giammai ripeterne ed ottenerne il valore. Esso ha goduto delle rendite; egli rimane largamente compensato per i miglioramenti che possa avor fatti. D'altronde è preciso e formale il disposto dell'art. 493. » *Il proprietario non può in » nessun modo nuocere ai diritti dell'usu- » fruttuario, o questi o chi lo rappresenta » non ha diritto in fine dell'usufrutto ad in- » dennità per miglioramenti che avesse fatto, » ancorchè se ne fosse aumentato il valore » della cosa. — L'aumento di valore può » tuttavia compensarsi coi deterioramenti che » fossero seguiti senza grave colpa dell'usu- » fruttuario. — Quando non vi sia luogo a » compenso potrà l'usufruttuario ripigliare » le fatte addizioni ove possono togliersi con » qualche suo profitto, e senza danno della » proprietà, salvochè il proprietario preferi- » sca di ritenerle, rimborsando all' usufrut- » tuario una somma corrispondente al prezzo » che questi ne potrebbe ritirare staccandole » dal fondo, — Potrà eziandio l'usufruttua- » rio togliere gli specchi, i quadri ed altri » ornamenti che avesse fatto collocare nel » fondo tenuto ad usufrutto coll'obbligo però » di rimettere ogni cosa nel primitivo stato.* »

Ma se il marito non può ripetere il valore dei miglioramenti, potrà però ripetere le spese di cultura, perchè non si può parlare di frutti che al netto di tali spese (12).

1399. Il terzo caso contemplato dalla legge si è, come abbiamo annunziato, quello in cui il marito abbia amministrato e goduto i beni parafernali senza mandato e con opposizione della moglie.

Stabilisce l'articolo 1430, che » *se il » marito, non ostante l'opposizione della mo- » glie, fatta con atto anche stragiudiciale, ha » goduto dei beni parafernali, egli o i suoi » eredi sono tenuti a render conto alla me- » desima dei frutti esistenti, e dei consu- » mati.* »

Questa disposizione è di una giustizia evidente. Il marito che seguita ad amministrare e godere i beni parafernali non ostante l'opposizione della moglie, si trova nella medesima condizione di colui che gode in mala fede i beni di altri. Egli non ha alcun diritto ad appropriarsene le rendite, e deve restituirle tutte anche con gli interessi dal giorno in cui è stata fatta la relativa opposizione.

1400. E qui giova fermarsi un momento sul significato che si è inteso attribuire alla parola *opposizione*.

Generalmente si intende per opposizione, un atto giudiziario col quale si dichiara di impugnare una cosa che pregiudica ai nostri interessi. Così dicesi opposizione la impugnativa della sentenza contumaciale o il reclamo che il terzo faccia ad una sentenza pronunziata tra altre persone (13). — Nel caso nostro la parola *opposizione* sta a significare la volontà certa ed assoluta manifestata dalla moglie onde il marito cessi dalla amministrazione dei suoi beni parafernali. E poichè questa volontà rimarrebbe inefficace se non fosse

(11) Benoit — *n. 187.*
— *Toulouse 21. janv. 1835. Poulveriere c. Cathala.*

(12) Leg. 1. Cod. de fructib. « *Hoc fructuum nomine continetur, quod justis sumptibus deductis, superest.* »

(13) Vedi — *Cod. di proc. civ. art. 474 e 510.* —

portata a cognizione del marito, così l'articolo 1430 prescrive che a tale effetto basta che sia fatta » *con atto anche stra-* » *giudiziale.* » Lo che porta necessariamente che la opposizione debba essere in *iscritto:* ed a ragione, perchè si prevengono le difficoltà senza numero che nascerebbero da una semplice opposizione *verbale,* dettata sovente in uno di quei momenti di malumore da cui non sono esenti le donne lo più riservate e le più sagge.

1401. La opposizione della moglie produce l'effetto che il marito o i suoi eredi » *sono tenuti a render conto alla medesima* » *dei frutti esistenti e dei consumati:* » *(articolo* 1430*).*

1402. Se il marito avesse consumato questi frutti nei bisogni della famiglia egli o i suoi eredi sarebbero tenuti a restituirli nella loro totalità?...

È vero che sono i frutti della dote quelli che sono destinati a sostenere i pesi del matrimonio *(art.* 1388*);* ma è vero ancora che la moglie, la quale possiede beni parafernali, deve in proporzione delle sue sostanze contribuire a tali oneri *(art.* 138, 1426*).* Quindi ove il marito giustificasse di essersi valso dei frutti per i bisogni della famiglia, e che questi frutti o loro valore erano in proporzione dei mezzi di cui esso poteva disporre e di quelli della moglie, certamente non potrebbe negarsi al medesimo il diritto di prelevare dalla restituzione quella quantità che nella proporzione surriferita venne impiegata nei pesi del matrimonio.

Si intende però che in questa questione tutto dipende dalle circostanze, dalla giustificazione cioè che le rendite siano state erogate nei bisogni della famiglia, e che questa erogazione sia in quella proporzione e misura che la legge pone a carico della moglie, circostanze la cui apprezzazione deve essere abbandonata alla coscienza e alla saviezza dei Tribunali.

1403. Se dopo avere portato a cognizione del suo marito una opposizione per dichiarargli che esso si astenga dalla amministrazione, la moglie non dasse seguito alla sua domanda, ed anzichè riprendere l'amministrazione dei suoi beni, lasciasse il marito goderne pacificamente come ne godeva per l'avanti, potrebbe essa, sciolto il matrimonio, o dietro nuova domanda, esigere la restituzione dei frutti esistenti o consumati dopo la prima opposizione?...

Non può rispondersi che per l'affermativa. È soltanto nel caso in cui il marito gode dei beni parafernali senza *opposizione* della moglie che l'articolo 1429 non obbliga il medesimo che alla rappresentazione dei frutti esistenti e lo dispensa dal rendere conto dei frutti consumati fino allora, perchè fino a quel momento esso godeva in buona fede in virtù della presunzione legale, del consenso tacito della moglie. Ma questa buona fede non può esistere altrimenti quando ha conosciuto la volontà contraria della moglie. Ha saputo allora, che se godeva di quei beni, e continuava a goderne esso era tenuto a rendere conto di tutti i frutti consumati o esistenti. Il silenzio della moglie, per quanto lungo sia stato, non può considerarsi come un consenso tacito per autorizzare il marito a continuare nel godimento dei frutti quando vi è stata una opposizione.

Però ove questo silenzio fosse tale da potersi considerare come una rinunzia alla fatta opposizione, certamente non potrebbe allora il marito essere obbligato alla restituzione dei frutti consumati.

Ma ciò non varrebbe di fronte ai di lui eredi i quali continuassero per un certo tempo nel godimento dei parafernali, per non avere la donna continuato e proseguito nella sua opposizione. Essi non potrebbero in modo alcuno sottrarsi alla restituzione dei frutti, neppure allegando la loro buona fede personale. Sciolto il matrimonio non vi è più alcun titolo in forza del quale gli eredi del marito possano far propri i frutti.

1404. Se il marito ha alienato i beni parafernali, quali azioni competono alla moglie per ottenerne la restituzione?...

Il diritto Romano le accordava l'azione ipotecaria (14). Ma per il codice nostro la moglie non ha la ipoteca legale sopra i beni del marito se non se per la dote e per i lucri dotali *(art. 1969 n.° 4)* quindi relativamente ai beni parafernali non può competerle che una azione meramente personale. Le compete però l'azione *rivindicatoria* contro gli acquirenti nel modo stesso che spetta ad ogni proprietario contro coloro che hanno comprato » *a non domino* » *(art. 1459)*.

1405. Quando il marito avesse ricevuto il prezzo di un immobile parafernale, da lui venduto unitamente alla moglie, dovrebbe ritenersi aver profittato del prezzo stesso se poco dopo avesse fatto degli acquisti in proprio nome; conseguentemente sarebbe responsabile di detto prezzo verso la moglie, la quale avrebbe tutto il diritto di agire contro del medesimo per ottenerne la restituzione. Ma non sarebbe per altro responsabile delle somme che la moglie avesse ricevute quando fosse intervenuto nell' atto di vendita al solo oggetto di autorizzarla, ne fosse provato, d' altra parte, che esso avesse profittato di quelle somme (15).

1406. Dal giorno della domanda della moglie colla quale essa interdice al marito l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni, e respettivamente dal giorno dello scioglimento del matrimonio devono decorrere necessariamente a di lei favore i frutti e gli interessi dei capitali parafernali (16).

1407. Un' ultima avvertenza relativamente all'articolo 1432 col quale si stabilisce che » *le disposizioni degli articoli* » *1428 1429 1430 e 1431 si applicano al* » *caso in cui la moglie ha avuto l'amministrazione e il godimento dei beni del marito.* » È questa una conseguenza logica della uguaglianza e reciprocità dei diritti stabilita tra i coniugi.

Se il marito amministrando i beni della moglie è dispensato dal render conto dei frutti consumati, non vi sarebbe ragione di adottare una diversa conclusione quando è la moglie quella che amministra i beni del marito.

(14) « *Sin autem minime hoc scriptum in-* « *veniatur; ex presenti nostra lege habeat hy-* « *potecam contra res mariti ex quo pecunias* « *ille exegit* » Leg. 14. Cod. de pact. convent.

(15) *Agen 11. Mars 1824. Tricide.*

(16) *Toulouse 24 juin 1816 Douvrier c. d'Avisard.*

SEZIONE QUARTA

—

Del regime della comunione.

———

AVVERTENZE PRELIMINARI

SOMMARIO

1408. 1409. Natura del regime della comunione — sua origine.
1410. Legislazione Francese.
1411. 1412. Disposizioni del nostro Codice.

1408. È della essenza del matrimonio la comunanza e la intimità della vita fra i coniugi. È questo un principio proclamato dalla ragione, sancito dalla legge, consacrato dalla Religione. Ma da questa società delle *persone* non ne scende come conseguenza necessaria la società dei *beni*. Niente impedisce che i coniugi restino due persone realmente distinte, che possano avere ed abbiano di fatto degli interessi separati, conservando ciascuno l'amministrazione ed il godimento dei propri beni, siccome lo avevano avanti il matrimonio. La società dei beni non è che un accessorio a cui si può passar sopra.

Era questo il concetto della Romana sapienza. Non si proibiva, infatti, di stabilire tra gli sposi una società di tutti i

beni » *omnium bonorum.* » (1) anzi se ne riconosceva la utilità e la convenienza, o per lo meno si consigliava che la moglie confidasse al marito l'amministrazione ed il godimento dei propri beni; ma si pensava poi che il legislatore non avesse alcun potere per ordinarlo (2).

1409. Il regime della comunione non era nei costumi dei Romani, e per stabilirla faceva d' uopo di una convenzione espressa, in mancanza della quale ciascuno dei coniugi, e così anche la moglie, conservava l'amministrazione, il godimento, ed ancora la libera disponibilità di tutti i suoi beni mobili, ed immobili.

1410. Come già osservammo (n.° 1109) questo regime deriva dagli antichi popoli Germanici. Presso di loro la comunione fra gli sposi era una società di beni pura e semplice, alla quale ciascune dei due soci aveva un diritto uguale, cho acquistava dal momento della celebrazione del matrimonio, nel modo stesso che gli altri soci o i comproprietari di fondi indivisi hanno un diritto che acquistano fino dal momento della costituzione della società o della comproprietà. Il marito come la moglie erano comproprietari e possesori *pro indiviso* dei beni componenti la comunione. Il marito non poteva senza il consenso della moglie alienarli od obbligarli; egli non ne aveva che la semplice amministrazione (3).

Questo sistema sì semplice e razionale, trapiantato in Francia, cambiò essenzialmento la sua primitiva natura. Si costituì il marito capo della *comunione*, ed in tal qualità gli si accordò il diritto di disporre a suo piacere, anche a titolo gratuito, tanto per la parte sua che per quella di sua moglie, di tutte le cose che la componevano senza il consenso della moglie, la quale dal canto suo, non poteva disporre di cosa alcuna; per modochè il diritto della medesima sulla *comunione* non veniva considerato che come un diritto informe che si riduceva a quello di dividere un giorno i beni che si trovassero comporla all'epoca della sua dissoluzione (4).

Il Codice Napoleone non solo sanzionò questi diritti esorbitanti del marito ma stabilì ancora che, in mancanza di speciali convenzioni, il regime *legale* era quello della comunione (5).

1411. Per gli usi e le consuetudini già vigenti in Italia il regime matrimoniale generalmente adottato era quello della *dote*, ed il Codice nostro, rispettando questi usi e queste consuetudini, o nella veduta di lasciare, anche in ciò, la maggior libertà ai coniugi nelle loro convenzioni

---

(1) « *Qui societatem omnium bonorum cum* « *uxore sua perannos amplius quadraginta habuit, testamento eandem uxorem, et nepotem* « *ex filio, aequis partibus heredes reliquit et* « *ita cavit. Item libertis meis, quos vivus ma-* « *numisi, ea quae praestabam. Quaesitum est,* « *an et qui eo tempore, quos societas intereos* « *permansit, manumissi ab utrisque, etcommu-* « *nes liberti facti sunt, ea quae a vivente per-* « *cipiebant solida ex fideicommisso petere pos-* « *sint. Respondit, non amplius quam quod vir* « *pro sua parte praestabat, deberi* » Leg. 16. § 3 ff. de alim vel. cib. legat.

« *Item si mulier ex promissione conveniatur, magis placuit, defendendum eam per* « *exceptionem. Idem et Proculus ait. sicuti,* « *cum socia fuit, dabitur ei exceptio quamvis* « *jure civili sit obligata.* »

Leg. 17 § 1. solut. matrim.

(2) Leg. 8. Cod. de pact. conveut.

« *Hac legem decernimus, ut vir in his re-* « *bus quas extradotem mulier habet...... nul-* « *lam, uxorem prohibente, habeat communio-* « *nem, nec aliquam ei necessitatem imponat,* « *quamvis enim bonum erat mulierem, quae* « *se ipsam marito committit, res etiam eju-* « *sdem pari arbitrio gubernari, attamen quo-* « *niam conditores legum aequitatis convenit* « *esse fautores, nullomodo, ut dictum est, mu-* « *liere prohibente virum in paraphernis volu-* « *mus immiscere.* »

(3) *Heinec. — Element. jur Germanic. Lib 1. tit. 13. n. 292.*

(4) *Pothier — Tratt. della comunione. art prelim. n 3.*

(5) *Cod. Napoleon art. 139.*

non elevò il *regime* della comunione a sistema *legale*, ma ne permesse soltanto la stipulazione, apportando però al sistema Francese profonde e sostanziali modificazioni.

E che ciò sia non sapremmo meglio dimostrarlo che colle parole stesse dell'illustre Pisanelli nella sua relazione sul *progetto* del Codice civile. » *La legge* (dice » esso) *non stabilisce la comunione dei beni » fra i coniugi, ma ne permette la stipu- » lazione, e non già per la comunione uni- » versale dei beni, ma soltanto per quella » degli utili. Non possono quindi venir com- » presi nella comunione ne l'attivo e pas- » sivo degli sposi al tempo del contratto, ne » quello che fosse loro dovuto per succes- » sione o donazione durante il matrimonio, » ma il solo godimento dei beni loro cadrà » nella comunione. Il suo effetto sarà di » rendere comuni e divisibili gli acquisti » fatti dai coniugi unitamente o separata- » mente, quando siano derivati dall'indu- » stria comune o dai risparmi fatti sui » frutti dei beni posti in comunione. L'ac- » cennata limitazione poggia sopra un prin- » cipio di ordine morale. Già si era avver- » tito che il regime della comunione è stra- » niero alle costumanze italiane. Se nondi- » meno è in qualche caso stipulato, ciò av- » viene non nell'interesse reciproco dei co- » niugi, ma soltanto a vantaggio di uno di » essi. Sarà un gioco nel quale una delle » parti ha tutto a guadagnare, nulla a per- » dere, e l'altra tutto a perdere nulla a gua- » dagnare. Il contratto di matrimonio si » cambia in una anticipata successione. Se » per ragione di età uno degli sposi vuol » gratificare l'altro, ciò può fare con una » donazione espressa; ma non deve essere » lecito di palliare la donazione sotto for- » ma di un contratto commutativo, che può » recare grave danno alla prole del prece- » dente matrimonio. — Riguardo all'ammi- » nistrazione della comunione, e alla rico- » stituzione di essa, al diritto di renun- » ziarvi nella moglie o nei suoi eredi, fu- » rono riprodotte le norme stabilite dal » codice Francese colle modificazioni ap- » portatevi dal codice delle Due Sicilie, e » dal Sardo. »* (6).

1412. Premesse tali avvertenze passiamo ad esaminare particolarmente questo *regime* matrimoniale.

CAPITOLO PRIMO

—

Della costituzione della comunione.

SOMMARIO

1413. 1414. 1415. 1416. 1417. 1418. 1418. bis. Differenze caratteristiche fra il regime della comunione adottato dal codice Italiano e quello adottato dal codice Francese.
1419. Disposizioni generali concernenti questo regime.
1420. 1.° Può pattuirsi quantunque vi sia costituzione dotale.
1421. 1422. 2.° Deve stipularsi nel contratto di matrimonio, ne può essere sottoposto a termine o condizione.
1423. 3.° Possono stipularsi patti speciali.
1424. 1425. Cosa costituisca l' ATTIVO *della comunione.*
1426. 1427. Frutti e rendite.
1428. Se le rendite e frutti straordinari siano compresi nella comunione.
1429. 1430. Lucri ricavati dal lavoro e dalla industria.
1431. Acquisti.
1432. 1433. Patti speciali permessi dalla legge relativamente alla ripartizione degli utili.
1434. 1435. Perchè si richieda una descrizione autentica dei beni dei coniugi.
1436. Chi di loro sia obbligato a procedere a tale descrizione.
1437. Se sia efficace fatta dopo la celebrazione del matrimonio — distinzione.
1438. PASSIVO *della comunione.*
1439. Spese per la conservazione dei beni, e per l'esercizio della respettiva industria.
1440. Spese per l'inventario, per la divisione e liquidazione degli utili.
1441. Regola generale sulle obbligazioni contratte dai soci.
1442. 1443. Come si applichi questa regola relativamente ai debiti contratti dal marito.
1444. Come a riguardo dei debiti contratti dalla moglie.

---

(6) *Relaz. sul progetto del cod. civ. del 13 Luglio 1863. pag. 61.*

1445. Quando la moglie con i suoi atti e contratti obblighi la comunione.
1446. Quid, se il marito sia costituito in età minore.
1447. Se la prestazione degli alimenti ai figli formi un onere della comunione.

1413. Il Codice Italiano permettendo ai coniugi di adottare il regime della comunione non ha lasciato ai medesimi la facoltà di regolarlo nel modo e colle clausule che più loro piacesse; esso ha imposto delle condizioni che formano, per così dire, la base fondamentale delle relative convenzioni.

1414. Prima di scendere ed esaminare le singole disposizioni della legge ci si permetta alcune osservazioni.

Come già abbiamo accennato (n.° 1411) il concetto del regime della comunione è tolto dal Codice civile Francese, però con profonde modificazioni. Ora ponendo a confronto le disposizioni di questi due Codici, potremo conoscere con precisione e chiarezza la vera indole e natura del *sistema* sanzionatò dal nostro Codice.

1415. Per il Codice Francese la comunione dei beni è *legale* o *convenzionale* *(art.* 1399.*)*

1416. Lo stato *attivo* della comunione legale è composto — di tutti gli effetti mobiliari dei coniugi sì presenti che futuri — di tutti i frutti, rendite, interessi, ed annualità qualunque sia la loro natura — di tutti gli immobili acquistati durante il matrimonio *(art.* 1401.*)*

Si compone poi *passivamente* 1.° di tutti i debiti mobiliari degli sposi di cui erano gravati prima del matrimonio 2.° dei debiti in capitali o interessi contratti dal marito durante la comunione, o dalla moglie col consenso del marito, 3.° delle riparazioni ordinarie degli immobili 4.° degli alimenti dei coniugi, della educazione e mantenimento dei figli, e di tutti gli altri pesi del matrimonio *(art.* 1409*)*.

1417. Relativamente alla comunione *convenzionale* il predetto Codice autorizza i coniugi a stipulare in una o in altra delle seguenti maniere, cioè. 1.° Che la comunione non si estenderà che ai soli acquisti. 2.° Che il mobiliare presente e futuro non entrerà nella comunione. 3.° Che vi si comprenderanno tutti o in parte gl'immobili presenti e futuri con attribuire ad essi la qualità di beni mobili. 4.° Che i coniugi pagheranno separatamente i loro debiti anteriori al matrimonio. 5.° Che in caso di rinunzia, la moglie potrà riprendere ciò che ha portato senza spesa ed aggravio. 6.° Che il coniuge superstite conseguirà un antiparte. 7.° Che i coniugi avranno porzioni ineguali. 8.° Che vi sarà fra essi comunione a titolo universale *(art.* 1497.*)*

1418. Il Codice Italiano invece lascia alla volontà delle parti di stipulare quel regime che loro aggrada maggiormente; quindi non vi è regime dotale, o regime della comunione se l'uno o l'altro non siano stati espressamente stipulati; ma prescegliendo quello della comunione, esse non possono contrarre altra comunione universale dei beni che quella degli *utili*. Quindi è che non può essere compreso nella comunione l'*attivo* e *passivo* presente o futuro dei coniugi, ma soltanto il godimento dei loro beni mobili e immobili presenti e futuri, e ciò all'effetto di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti, detratti i debiti *(art.* 1433 1435 1436.*)*

1418. *bis.* Da questo semplice raffronto si rileva che per il Codice Francese la comunione si avvicina ad una società universale di tutti i beni; per il Codice nostro non è che una società universale dei guadagni (7).

1419. Ciò posto, analizziamo le singole disposizioni della legge.

(7) Per il Codice Italiano si distinguono due specie di società universale — di tutti i beni *presenti — dei guadagni*.

La società di tutti i beni presenti è quella colla quale le parti pongono in comunione tutti i beni mobili ed immobili che possiedono attualmente, e gli utili che potranno ricavarne *(art. 1701)*.

1420. Prima fra queste è la facoltà concessa ai coniugi di stipulare contemporaneamente il regime della comunione e il regime dotale *(art. 1433)*.

Non comprendendo la comunione nè gli immobili nè i mobili dei coniugi, essa non può essere che una società dei guadagni, quindi niente vi ha di incompatibile perchè sussista insieme col regime dotale. Infatti sottoposta al vincolo della dotalità parte dei beni della donna, l'altra porzione rimanendo un suo patrimonio parafernale può benissimo formare subietto di comunione ; le due stipulazioni non si distruggano fra loro, ma si conciliano perfettamente.

1421. La seconda delle disposizioni che chiameremo *generali* si è quella che prescrive come la convenzione del regime della comunione » *deve essere fatta nel » contratto di matrimonio e non può stipu- » larsi che abbia principio in un tempo di- » verso da quello della celebrazione del ma- » trimonio* » *(art. 1433)*.

È la conferma della regola generale che tutte le convenzioni devono essere stipulate prima del matrimonio, e che non possono in modo alcuno cambiarsi dopo la sua celebrazione *(art. 1382 1385)*. Ed è per garantire la *immutabilità* di tali convenzioni che il legislatore dichiara dovere la comunione avere il suo principio dal giorno della celebrazioue del matrimonio, non ostante qualunque patto in contrario.

Ne consegue che gli sposi non potrebbero stipulare validamente il regime dotale per un tempo determinato per essere poi rimpiazzato, ad un data epoca, da quello della comunione. Niuna ragione vi sarebbe per stipulare in cotal modo perchè niuna utilità ne avverrebbe alle parti, anzi sarebbe causa d'imbarazzi e di difficoltà. Il regime della comunione non deve essere scisso ; deve adottarsi puramente e semplicemente per modo che regoli l'associazione coniugale per tutta la sua durata.

1422. Se per il chiaro disposto dell'articolo 1433 non può stipularsi la comunione per un tempo determinato, o da avere il suo principio ad una data epoca, non può ugualmente stipularsi sotto una condizione sia *sospensiva* sia *risolutiva* onde farne dipendere la esistenza dal verificarsi o no di un dato avvenimento (8).

Toullier sostiene che la comunione può stipularsi sotto condizione perchè, esso dice, avendo un effetto retroattivo, ne consegue che, se si adempie, la comunione avrà avuto il suo principio all'epoca della celebrazione del matrimonio, e che non avrà mai esistito se la condizione viene a mancare (9).

Ma questa dottrina è contradetta, e giustamente, da *Marcadè*. — La immutabilità delle convenzioni matrimoniali *(rileva l'illustre scrittore)* non è in questo caso meno turbata di quello lo sia nelle stipulazioni a *termine*. Vi è fra i due casi questa differenza che colla condizione, a causa del suo effetto retroattivo, l'associazione coniugale sarà giuridicamente sottoposta a un solo regime; così, per esempio, se le parti hanno detto che esse saranno in comunione se nasca un figlio dalla loro unione, è ben vero che la nascita di un figlio avvenuta dopo due o tre anni di matrimonio farebbe rimontare giuridicamente l'esistenza della comu-

---

La società nniversale dei guadagni comprende tuttociò che le parti saranno per acquistare colla loro industria, per qoalsivoglia titolo dorante la società, ma i beoi sì mobili che immobili che ciascuno dei soci possiede al tempo del contratto, non sooo compresi oella società se noo per essere godoti in comune *(art. 1702.)*

(8) Ognon sa denomioarsi *sospensiva* la coodizione che fa dipendere l'obbligazione da on avvenimento futuro ed incerto; *resolutiva* quella che, verificandosi, rimette le cose nello stato lo cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo *(art. 1158)*.

(9) Toullier — *Le droit. francais tit. 5 du contr. de mariag. Tom. 7 n. 83. 84.*

nione al momento della celebrazione, e che il regime differente che esistesse durante i primi anni sarebbe riputato, fittiziamente, non essere esistito; ma questo fenomeno puramente giuridico, vale a dire fittizio, impedirebbe la realtà delle cose, e ne distruggerebbe gl' inconvenienti?... E non solamente questa differenza tra la *condizione* ed il *termine* non diminuirebbe gli inconvenienti della variazione dei regimi ma invece li aumenterebbe, e la retroattività del secondo regime che bisognerebbe sostituire al primo, almeno per il passato, sarebbe precisamente una sorgente feconda di difficoltà inestricabili, permodochè *a fortiori* bisogna applicare alla condizione ciò che è prescritto relativamente al termine (10). —

1423. La terza disposizione generale non è ugualmente, che la sanzione del principio che lascia agli sposi la maggior libertà nelle convenzioni nuziali. Adottando il regime della comunione essi possono stipulare patti speciali nel modo stesso che, nelle altre società, lo possono i soci fra loro, ammenochè con questi patti non si venga a vulnerare i principi che il legislatore ha creduto stabilire nell' interesse delle famiglie e conseguentemente dell'ordine pubblico. Ecco quanto prescrive in proposito l'articolo 1434. » *Gli sposi* » *possono stipulare patti speciali per sif-* » *fatta comunione, alla quale, in mancan-* » *za, sono applicabili le disposizioni con-* » *tenute nel titolo della società. In tutti i* » *casi però si osserveranno le disposizioni* » *seguenti.* »

1424. Fissati questi principi generali, il Codice passa alle disposizioni speciali regolatrici di questo sistema della comunione.

1425. Come ogni società, così la *comunione*, si compone di un *ottivo* e di un *passivo*.

(10) Marcadé — *Explicat. du cod. Nap. art. 1399 n. 2.*

Per determinare in cosa consista l'*attivo* occorre aver presente 1.° Che non vi può essere altra società fra i coniugi che quella degli utili (*art.*1433). 2.° Che cade in questa società » *il godimento dei beni* » *si mobili come immobili, presenti e fu-* » *turi dei coniugi* » (*art.* 1435). 3.° Che si rendono comuni e divisibili » *gli acqui-* » *sti fatti dai coniugi unitamente o separa-* » *tamente durante la comunione, siano essi* » *derivati dall'industria comune o da ri-* » *sparmi fatti sui frutti o sulle entrate* » *de' coniugi, detratti però sempre i debiti* » *della stessa comunione* (*art.* 1436).

Resulta quindi essere due gli elementi costitutivi l'*attivo* della società degli utili 1.° i frutti e le entrate dei beni dei coniugi 2.° i lucri che essi ritraggono dal loro lavoro, dalla loro industria.

1426. I frutti e le entrate dei beni si presenti che futuri dei coniugi entrano nella comunione; ma i frutti e le entrate soltanto, non mai il capitale dal quale si ritraggono, come non può esservi compreso l'*attivo* che fosse loro devoluto per successione o donazione durante la comunione » *Non possono* (così l'articolo 1435) » *essere compresi nella comunione ne l'at-* » *tivo e passivo dei coniugi, ne quello che* » *venisse loro devoluto per successione o* » *donazione durante la comunione* »

Ma questi frutti e queste entrate perchè cadano nella comunione bisogna che siano porcette e scadute durante il matrimonio, poichè se al momento della sua celebrazione i frutti degli immobili erano già percetti, gli interessi dei capitali erano già scaduti, gli uni e gli altri appartengono in proprio al coniuge al quale appartiene l'immobile o il capitale dal quale derivano. Essi formano, per così dire, un accessorio che segue la natura e la destinazione del *principale* da cui deriva. Sono soltanto i frutti percetti e le rendite scadute posteriormente alla celebrazione del matrimonio che formano subietto della comunione.

1427. Dispone l'articolo 1435 che il

godimento dei beni si mobili che immobili, presenti e futuri dei coniugi cade nella comnnione. — Dunque di qualunque natura siano i frutti e le entrate, *naturali, industriali, civili;* tutte entrano nella comunione. La disposizione della legge è troppo chiara, troppo precisa per poterne menomamente dubitare.

1428. Ma questo godimento potrà estendersi fino al punto di ritenere compresi nella comunione anche i frutti e le rendite straordinarie dei fondi, per esempio, quelle che derivano dal taglio dei boschi, dalle cave, e simili?...

Noi crediamo che tale quistione non possa risolversi se non se all'appoggio dei principi stabiliti in materia di usufrutto. — Prescrive l'articolo 3 del Codice nostro che ove una controversia non possa decidersi con una precisa disposizione di legge si deve avere riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe. Ora non sapremmo davvero trovare maggiore analogia tra il *godimento* dei beni che l' articolo 1435, dichiara formare subietto della comunione, ed il *godimento* spettante all'usufrnttuario al quale, a norma dell' articolo 479., spetta » o- » *gni frutto naturale o civile che può pro-* » *durre la cosa di cui ha l' usufrutto* ».

In quanto al taglio di un bosco ceduo non vi è dubbio che non costituisca un frutto del fondo; e poichè il retratto da questo taglio spetta all' usufruttuario *(art.* 485.*)* non vi sarebbe ragione per escluderlo dalla comunione. — Lo stesso, a parer nostro, sarebbe a dirsi relativamente agli alberi di alto fusto destinati ad essere tagliati periodicamente, perchè anche questi si spettano all' usufruttuario *(art.* 486.*).*

A riguardo poi delle miniere, delle cave e delle torbiere, riteniamo che debbasi procedere colla medesima distinzione di che nell'usufrutto *(art.* 494.*).* Se queste *miniere, cave e torbiere* sono aperte ed in esercizio al momento della stipulazione della comunione, il prodotto che può ritrarsene deve rimanere compreso nella comunione stessa; non così quando a quell' epoca non fossero aperte e si scoprissero in seguito.

1429. I lucri del lavoro e della industria dei coniugi formano il secondo elemento costitutivo la società degli *utili.*

Anche qui, all' oggetto che questi lucri si rendano comuni, bisogna che si realizzino posteriormente alla celebrazione del matrimonio. I lucri già ottenuti e realizzati al momento della celebrazione appartengono esclusivamente a quello dei coniugi che li ottenne. Così, se si vende, durante il matrimonio, un' opera d' arte, di scienza, o altro che uno degli sposi avesse composta avanti la sua unione, la somma che ne ricava gli è propria perchè è il prezzo di un oggetto suo particolare. Sarebbe altrimenti delle *edizioni* che fossero fatte di quest'*opera* pendente la comunione; questo prezzo allora non potrebbe considerarsi che come una rendita dei beni (10.)

1430. Il tosoro scoperto da uno dei coniugi nel proprio fondo gli appartiene esclusivamente: non si tratta di frutti che » *ex re nasci et renasei solent* », ne di un guadagno proveniente dalla industria, ma bensì di un benefizio, di un emolumento che il proprietario ritrae fortuitamente dal proprio fondo, emolumento e benefizio che non potè essere preveduto dalle parti allorchè formarono tra loro la società dei beni.

Lo stesso è a dirsi dei guadagni che uno dei coniugi facesse sia ad una Lotteria, sia ad altri giuochi. Questi lucri non sono il risultato dell' industria; sono il risultato di fortunate combinazioni indipendenti ed estranee a quella presunta volontà che indusse i coniugi a stabilire il regime della comunione.

Quando però allo sposo fosse concesso dallo stato un *ufficio*, o gli fossero accordati dei *beni* come ricompensa nazionale,

(10) *bis.* Marcadè — *art. 1498 n. 2.*

i lucri ricavabili da quell' ufficio, le rendite di quei beni cadrebbero nella comunione inquantochè non sono ne guadagni d' azzardo, ne donazioni e simili: la concessione dell' ufficio è fatta alla capacità del titolare, le ricompense sono il prezzo dei suoi lavori o dei suoi servizi, e tutto per conseguenza appartiene alla comunione degli utili (11.)

1431. Coi lucri ottenuti dal lavoro e dalla industria, coi risparmi sui frutti e sulle entrate possono i coniugi aver fatti degli acquisti sia in beni mobili sia in beni immobili. Ora questi *acquisti* sono comuni e divisibili fra loro conforme stabilisce l' articolo 1436. » *L' effetto di que-* » *sta comunione è di rendere comuni e di-* » *visibili gli acquisti fatti dai coniugi* ».

La disposizione di quest' *articolo* è generale ed abbraccia conseguentemente gli *acquisti* di qualunque natura siano, ed in qualunque modo siano stati fatti, e così, come aggiunge il detto articolo, tanto che siano stati fatti dai coniugi *unitamente* quanto *separatamente*.

1432. Se gli utili della società sono comuni e divisibili tra i coniugi, non è però ad essi impedito lo stipulare patti speciali per la loro ripartizione.

1433. L' articolo 1440, che accorda ai coniugi questa facoltà dispone che » *il* » *patto col quale si stabilisce che i coniugi* » *parteciperanno in parti disuguali negli* » *utili ovvero che il sopravivente preleverà* » *su di essi una porzione non è riguar-* » *data come una liberalità soggetta alle re-* » *gole delle donazioni ne per la sostanza* » *ne per la forma. — Non può tuttavia* » *stipularsi che uno dei coniugi debba con-* » *tribuire nel passivo una maggior parte* » *di quella che fosse per avere nell' attivo* » *della comunione* »,

Come si rileva, si può pattuire una parte disuguale nella partecipazione degli *utili*, ma non si può pattuire una contribuzione nel passivo maggiore di quella che si ha nell' attivo. Per esempio, se si stipulasse che la moglie dovesse avere il terzo negli utili e sopportare, non ostante, la metà dei debiti, o viceversa il terzo degli utili e la sesta parte dei debiti, queste convenzioni sarebbero invalide perchè, come osserva *Pothier*, nel primo caso si darebbe potere al marito di vantaggiarsi a spese della moglie, facendo degli acquisti dei quali esso dovesse pagarne il prezzo, inquantochè farebbe pagare a sua moglie la metà del prezzo di questi acquisti, di cui essa non avrebbe che il terzo ed esso due: nel secondo caso sarebbe la moglie che si vantaggerebbe a danno del marito, e si verrebbero così ad » *eludere le leggi che vietano* » *od un coniuge di fare, durante il matri-* » *monio, dei vantaggi a spese dell' altro, o* » *vantaggiar l' altro a di lui spese* (12.)

1434. Nella esistenza della comunione fra i coniugi la presunzione si è che i beni pervenuti in loro durante il matrimonio siano *acquisti* della comunione stessa, ove l' uno o l' altro dei coniugi non provi che i beni spettano a lui esclusivamente o perchè devoluti ad esso per successione o donazione, e così esclusi per espressa disposizione di legge dalla comunione *(art. 1445.)*, o perchè acquistati con assegnamenti particolari.

A distinguere appunto i beni *propri* a ciascun dei coniugi da quelli che possono formare subietto della comunione l' articolo 1457, prescrive che » *si farà dagli* » *sposi prima del matrimonio una descri-* » *zione autentica dei loro beni mobili pre-* » *senti, ed eguale descrizione sarà pur fat-* » *ta dei beni mobili che venissero loro a* » *devolversi durante la comunione. In man-* » *canza di tale descrizione o di altro titolo* » *autentico, i beni mobili sono considerati* » *come acquisti della comunione* ».

Non vi è bisogno di un vero e proprio inventario nei modi e nelle forme stabilite dalla legge in altre materie:

(11) Marcadè — *Ibid. n. 2.*

(12) Pothier — *Tratt. della comunione n. 494.*

basta che vi sia una *descrizione* o un *titolo* in buona forma e tale da non ammettere dubbio sulla sua autenticità. Così, per esempio, se i beni mobili spettanti ai coniugi alla data del loro matrimonio si trovassero già descritti in un *conto* di una tutela, questo documento presenterebbe bastantemente quel carattere di autenticità che richiede la legge. È solo quando manca qualunque documento giustificativo, o che il documento sia tale da dubitare della sua veridicità che i beni mobili sono considerati come acquisti della comunione.

1435. La legge parla soltanto dei beni mobili, e non di immobili, perchè a riguardo di quest' ultimi si renderebbe superflua *una descrizione*, potendosi sempre e con facilità constatare la loro origine.

1436. Si è detto che, in mancanza di una *descrizione* o di altro titolo autentico, i beni mobili si reputano come acquisti della comunione.

Questa regola non può peraltro applicarsi indistintamente tanto a riguardo del marito che della moglie per il mobiliare pervenuto durante il matrimonio.

Naturalmente, e per la supremazia che ha nella famiglia, e per l' amministrazione che ha dei beni della comunione, è il marito che resta incaricato di procedere alla descrizione dei beni che pervengono durante il matrimonio. Se è a lui che i mobili siansi devoluti non potrà certamente lamentarsi della mancanza di constatazione, ed i mobili dei quali non farà la prova regolare resteranno compresi nella comunione.

Ma questa prova regolare non potrebbe esigersi dalla donna per lo stesso appunto di dipendenza nel quale si trova di fronte al marito, ed è per questo che la legge accorda alla medesima ed ai suoi eredi di giustificare che i mobili pervennero in lei per successione o per donazione sia col mezzo della prova testimoniale, sia anche per notorietà. Ciò è stabilito dall' articolo 1445. » *La moglie ed i figli » eredi possono valersi della prova testi» moniale, qualora si tratti di cose ad essa » devolute a titolo di successione o dona» zione qualunque ne sia il valore. — La » moglie ed i suoi eredi possono anche ri» petere il valore delle cose mobili spettanti » ad essa, ed escluse dalla comunione, ma » che non si trovassero più in natura al » tempo della divisione, e possono in tal » caso provare anche per notorietà il valo» re delle dette cose* ».

1437. A riguardo poi dei mobili posseduti dagli sposi alla data del matrimonio si presentano due questioni. 1.° Se l'inventario fatto dopo la celebrazione sia efficace. 2.° Se in mancanza di inventario si possa ricorrere indistintamente ai mezzi di prova di che nel citato articolo 1445.

È prescrizione formale che l'inventario o altra descrizione autentica dei beni mobili deve essere fatta dagli sposi prima del matrimonio. È questa una disposizione che non tanto stà a garantire il loro particolare interesse, quanto e maggiormente, ad assicurare l' interesse dei terzi. È una misura che previene le collusioni e le frodi; quindi di fronte ai terzi che avessero contrattato con i coniugi l' inventario sarebbe inefficace se fatto posteriormente alla celebrazione del matrimonio; ma di fronte ai coniugi avrebbe il suo pieno valore ne essi potrebbero impugnarlo (13.)

Quando manchi l' inventario, è certo, a norma di quanto dispone l'art. 1445., che nella divisione della comunione ambidue i coniugi indistintamente possono prelevare le cose mobili che possono provare con tutti i mezzi autorizzati dalla legge avere loro appartenuto prima della comunione, e essere loro devoluti durante la medesima a titolo di successione o donazione. Ma relativamente alla facoltà concessa dallo stesso *articolo* alla moglie e suoi eredi di provare la proprietà od il valore

(13) Pothier — *Ibid. n. 298.*

delle cose mobili in lei pervenute durante il matrimonio per successione o donazione, noi riteniamo che la medesima non possa valersi di questi mezzi di prova per giustificare la proprietà o il valore dei mobili che possedeva al momento del matrimonio. — La sua dipendenza *(dice Marcadè)* verso il marito e la obbligazione di quest' ultimo di fare inventariare il mobiliare della moglie non esistono se non in quanto il matrimonio sia stato celebrato: i due futuri sposi sono nella medesima linea, ambidue padroni di agire per loro stessi o per coloro da cui dipendono come gli piaccia, ambidue conseguentemente devono essere trattati alla pari, ne si devono concedere mezzi speciali di prova che la legge accorda alla moglie in un caso determinato, nel caso cioè che il mobiliare sia pervenuto in essa durante il matrimonio (14.)

1438. Quali sono i pesi e gli oneri che fanno carico a questa società degli *utili* e che ne formano la massa *passiva....?*

Il Codice dopo avere stabilito che non può essere compreso nella comunione il passivo presente dei coniugi, ne quello che venisse loro devoluto per successione o donazione durante la comunione, si limita a dichiarare che sono comuni e divisibili gli *acquisti* fatti dai coniugi » *detratti però sempre i debiti della comunione* » *(art.* 1436.*)*.

Si ammette quindi in massima che la comunione come qualunque altra società è costituita da un *attivo* e da un *passivo*, ma si tace affatto sulla qualità degli oneri e dei debiti che possono starle a carico. Ora cosa dovrà concludersi da questo silenzio...... ? Che il legislatore ha inteso e voluto riferirsi, in tal materia, ai principi generali di diritto ed alle disposizioni analoghe, altrimenti la riferita disposizione rimarrebbe lettera morta senza valore e senza efficacia.

E procedendo in tal concetto, pare a noi, che la qualità degli oneri formanti la massa *passiva* debbasi rintracciare nella nutura stessa della associazione, nelle facoltà che la legge concede ai coniugi come soci, nei rapporti che il matrimonio crea fra loro.

1439. Se la comunione degli utili è costituita dal godimento dei beni presenti e futuri dei coniugi, e dai lucri che essi ritraggono dalla propria industria, è uña conseguenza necessaria che tutte le spese occorrenti per la manutenzione e conservazione dei beni e per l' esercizio della rispettiva industria debbano formar parte del passivo della società, poichè senza quelle spese il godimento o i lucri non si sarebbero verificati o sarebbero stati minori. Ciò è fondato sul principio di equità naturale che insegna come chi partecipa ai lucri deve partecipare ai danni e alle perdite (15.), principio che il Codice sanziona anche in tema di comunione vera e propria » *ciascun partecipante ha diritto di obbligare gli altri a contribuire con esso alle spese necessarie per la conservazione della cosa comune (art.* 576.*)*

1440. Altro elemento di *passività* è da ricercarsi nelle spese per l' inventario e descrizione dei beni, per la liquidazione di ciò che i coniugi o loro eredi devono prelevare sulla comunione, per quelle della divisione degli acquisti e per tutte le altre che si rendono necessarie per pervenirvi, ad esempio, quelle fatte per la stima dei beni. (16.) Ognorachè, infatti, la legge (*art.* 1437.) impone ai coniugi l' obbligo di inventariare i loro beni presenti e futuri, le spese relative non devono posare a carico dell' uno piuttostochè dell' altro, ma devono formar carico alla massa sociale perchè fatte nell' interesse comune.

1441. A riguardo dei debiti contratti dai soci, la regola generale si è che deb-

(14) Marcadè — *Op. cit. art. 1498 n. 3.*

(15) *Aequum est enim ut cujus participavit lucrum participet et damnum* — Leg. 55 in fin. ff. pro socio.

(16) Pothier — *Ibid. n. 274.*

bona posare a carico della società se siano stati creati per comodo e vantaggio della medesima (17), regola che trova la sua conferma nell'*articolo* 1716 col quale si dispone che il socio ha azione contro la società non solo per la restituzione dei capitali sborsati a conto di essa ma ancora » *per le obbligazioni contratte di* » *buona fede per gli affari sociali e pei ri*» *schi inseparabili dalla sua amministra*» *zione* ».

1442. Ma questa regola non può applicarsi indistintamente a riguardo dei coniugi, ed è necessità distinguere i debiti creati dal marito da quelli creati dalla moglie.

1443. Non è a dubitarsi che il marito non possa alienare o ipotecare a *titolo oneroso* i beni della comunione senza che vi sia necessità che vi concorra il consenso della moglie *(art.* 1438.*)*. La conseguenza di questo potere esorbitante che la legge gli concede si è che i debiti da esso contratti sono a carico della società senza riguardo se siano stati creati per vantaggio e comodo della medesima. L'unico freno che gli impone la legge si è di non potere alienare o ipotecare i beni della comunione a titolo gratuito.

1444. Ma la moglie non si trova nella medesima condizione. Non rimanendo prosciolta, per la comunione, dalla autorità maritale essa non può obbligarsi relativamente ai propri beni senza il consenso del marito o senza quello suppletivo della giustizia *(art.* 134. 136.*)* ed i debiti da lei creati senza il consenso del marito non possono formar parte del passivo della comunione.

1445. Ciò però soffre limitazione nel caso della donna pubblica mercantessa. Autorizzata ad esercitare il commercio essa non solo riacquista la sua capacità a stare in giudizio ed obbligarsi per tutto quello che riguarda il commercio stesso senza bisogno della autorizzazione del marito, ma obbliga ancora i beni della comunione conforme stabilisce l'*articolo* 8, del Codice di commercio » *se essa è in* » *comunione di beni col marito secondo il* » *disposto del codice civile obbliga eziandio* » *il marito ristrettamente agli utili della* » *comunione.* » — Quindi i debiti che creasse in detta qualità farebbero parte del *passivo* della comunione. E la ragione è evidente. Consentendo il marito che essa eserciti il commercio, deve presumersi necessariamente che egli consenta a tutti gli *atti* che la medesima farà, a tutti gli impegni che potrà prendere relativamente al suo commercio; e poichè il marito nella sua qualità di capo della comunione partecipa a tutti i benefizi, a tutti i guadagni che la moglie può fare nel suo commercio, esso deve ugualmente partecipare alle perdite » *Secundum na*» *turam est commoda cujusque rei eum se*» *qui, quem sequuntur incomoda* » (Leg. 10 ff. de reg. jur.)

1446. Se il marito fosse costituito nella età minore, i debiti che contraesse la moglie sarebbero validi... ?

Riteniamo che si. La minorità del marito è causa per la quale la moglie può disporre dei propri beni senza bisogno della di lui autorizzazione o di quella della giustizia *(art.* 135.*)*. Avendo dunque capacità giuridica a contrattare, la sua qualità di socia deve essere eguale a quella del marito, e deve conseguentemente aver facoltà di contrarre validamente le passività e le obbligazioni che si rendessero necessarie per il buon andamento della società.

1447. La comunione dei beni non può certamente prosciogliere i coniugi dall'obbligo che la natura e la legge li impongono di mantenere ed educare la prole *(art.* 138.*)*. Ora dovendo quest'obbligo essere soddisfatto dai coniugi in proporzione delle loro sostanze *(detto art.* 138.*)*,

(17) « *Omne aes alienum, quod, manente so*« *cietate, contractum est de comuni solvendum* « *est.* » — Leg. 27 ff. pro socio.
— Leg. 12. — Leg. 82 ff. eod.

necessariamente, in virtù della legge, viene a vincolare i beni che formano subietto della comunione, e per conseguenza deve essere soddisfatto coi medesimi quando specialmente i coniugi non abbiano altri assegnamenti.

CAPITOLO SECONDO

—

Della amministrazione della comunione.

SOMMARIO.

1448. 1449. 1450. 1451. 1452. Ragioni per cui viene accordata al marito l' amministrazione della comunione.
1453. Questo diritto è considerato come un attributo della potestà maritale.
1454. 1455. Se il diritto di amministrazione si estenda ancora ai beni propri della moglie il godimento dei quali cade nella comunione.
1456. 1457. Disposizioni speciali per le locazioni fatte dal marito dei beni della moglie.
1458. Il marito ha diritto di stare in giudizio per le azioni riguardanti la comunione.
1459. Se lo possa relativamente ai beni propri della moglie — distinzione.
1460. 1461. Diritto di alienare e di ipotecare i beni della comunione.
1462. 1463. 1464. 1465. 1466. Limiti di questo diritto.
1467. 1468. Il marito è responsabile per l' amministrazione che esercita.
1469. 1470. Qual grado di vigilanza sia tenuto a prestare.
1471. Rinvio.

1448. Come abbiamo veduto nel capitolo precedente, forma subietto della comunione fra i coniugi il godimento dei loro beni mobili e immobili, presenti e futuri all' effetto di rendere comuni e divisibili gli acquisti *(art.* 1435. 1436.*)*. Ciò essendo, ne scenderebbe, per conseguenza logica e naturale, che l'esercizio dei diritti sù questa società dovesse essere uguale tanto nel marito quanto nella moglie. Ma non è così. Mentre il Codice dichiara comuni e divisibili gli *utili*, apporta in pari tempo a questo principio una profonda modificazione inquantochè conferisce al marito il diritto esclusivo di amministrare i beni della comunione — di promuoverne le azioni relative — ed ancora di alienarli e di ipotecarli purchè a titolo oneroso.

1449. Si comprende che, ad evitare un dualismo, debba l' amministrazione esercitarsi da uno solo dei coniugi, e che la preferenza si debba spettare al marito come capo della famiglia; ma di fronte ai principi di equità naturale si cercherebbe invano una ragione per giustificare la facoltà libera ed assoluta accordata al socio amministratore di alienare ed ipotecare i beni sociali.

1450. Dicemmo già *(n.° 1410.)* che il tipo primitivo della comunione denaturò per le disposizioni del diritto *consuetudinario* Francese, ed il Codice Napoleone troppo ossequiente a quelle consuetudini formò di questo regime matrimoniale anzichè un mezzo di libertà e di uguaglianza un mezzo invece, per la moglie, di dipendenza e subiezione maggiore verso il marito.

1451. Il codice Sardo ed il codice delle Due Sicilie i soli, fra i codici già vigenti in Italia, che adottassero il sistema Francese, crederono *naturalizzarlo* limitando i diritti di libera disponibilità nel marito (18.)

1452. Il codice nostro altro non ha fatto che ripetere alla lettera le disposizioni del codice Sardo. Ma qualunque siano queste disposizioni, e senza indagare se le modificazioni già indotte corrispondano ai principi razionali, a noi non incombe, per l' oggetto che ci siamo prefissi, che interpretare tali disposizioni e farne l'applicazione ai casi occorrenti.

---

(18) Il codice delle due Sicilie *(art. 1399)*, si limita a proibire al marito l'alienazione dei beni particolari della moglie senza il di lei consenso.

Il Codice *Sardo (art. 1578)* dispone che il marito non può, altro che a titolo oneroso, alienare od ipotecare i beni, la cui proprietà cade nella comunione.

A.

Amministrazione.

1453. Il marito è l'amministratore dei beni della comunione: egli solo può amministrarli, e stare in giudizio per le azioni risguardanti la medesima *(art. 1438.)*

La legge considera questo diritto come un attributo della potestà maritale, e talmente inerente alla persona del marito, che se questi può affidarne l'esercizio alla moglie in forza di mandato, la *sostanza* del diritto rimane in lui nè può essergli tolto in alcun caso, neppure se si trovasse nella impotenza di esercitarlo, per esempio, se fosse interdetto. Imperocchè sebbene in questo caso la moglie sia tutrice di diritto del marito *(art. 330.)*, questa tutela non le conferirebbe il libero esercizio del diritto ad amministrare i beni della comunione, poichè rimarrebbe subordinata alla sorveglianza del consiglio di famiglia, al quale spetterebbe di regolare la forma e le condizioni della amministrazione.

Per la stessa ragione della inalienabilità ed incessibilità sarebbe invalida la convenzione che si stipulasse nel contratto di matrimonio, colla quale si conferisse alla moglie l'amministrazione dei beni della comunione, essendo espressa disposizione dell'articolo 1379, che gli sposi non possono nelle loro convenzioni derogare nè ai diritti che appartegono al capo della famiglia nè a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge.

1454. Essendo la comunione una società dei guadagni, il diritto di amministrazione del marito si limita a ciò che concerne i frutti, le entrate, gli acquisti, oppure si estende anche ai beni dai quali derivano quei frutti e quelle rendite...? In altre parole, il marito ha diritto di amministrare i beni *propri* della moglie, ma il di cui godimento cade nella comunione.....?

Questa quistione presenta, a parer nostro, gravi difficoltà stante la disposizione troppo generale del rammentato articolo 1438. Non è quindi nella lettera di quell'*articolo* che se ne può trovare la soluzione, ma solamente nel suo spirito. Ed è in quest'aspetto che andiamo ad esaminarla.

1455. Quando non vi è costituzione di dote la moglie ritiene il dominio, l'amministrazione, ed il godimento dei suoi beni *(art. 1427.)* — Quando è adottato il regime della comunione, essa conferisce nella società il godimento di questi beni siano mobili, immobili, presenti o futuri *(art. 1435.)*.

Non è luogo a parlare del *dominio*; la moglie lo conserva senza dubbio, anzi non potrebbe in modo alcuno formare subietto della comunione perchè la legge esclude espressamente dalla medesima l'*attivo e passivo* dei coniugi e quello che venisse loro devoluto per successione o donazione *(detto art. 1435.)*. Tutto, pertanto, si concentra nel vedere se il diritto di amministrare questi beni rimanga paralizzato dal *godimento* dei beni stessi che viene conferito nella comunione. Ora si può godere dei beni senza che se ne abbia l'amministrazione.....? Ma si, certamente, perchè sono due cose ben separate e distinte. Potrebbe dunque concludersi che la moglie potesse conservare l'amministrazione, percipere ed esigere i frutti e le entrate, e conferirle quindi nella massa comune onde averne il godimento insieme col marito. Questo è il concetto più semplice che si presenta e che, astrattamente, potrebbe anche corrispondere al fine che i coniugi si propongono nell'adottare il regime della comunione. A noi pare però che ciò si renderebbe inconciliabile col diritto assoluto, esclusivo che la legge attribuisce al marito di amministrare i beni della comunione. Ammesso infatti, ed è necessità ammetterlo, che tutto ed intiero il *retratto* dei beni forma subietto del *godimento* che cade nella comunione, non potrà de-

negarsi al marito il diritto di porre in opera quei mezzi e quelle misure che creda opportune a che quei beni profittino maggiormente alla società. Ciò essendo, il mezzo più acconcio a raggiungere lo scopo si è certamente quello di amministrare i beni.

Anche l'usufruttuario ha il godimento delle cose delle quali altri ritiene la proprietà *(art. 477.)*; ma ne ha in pari tempo la libera amministrazione, nè il proprietario potrebbe pretendere di amministrare egli stesso, percipere i frutti, esigere le entrate e passarle all'usufruttuario. Il *godimento* nella comunione in che può differire dal diritto di usufrutto ...? Tanto il diritto che forma subietto della comunione quanto quello nel quale si sostanzia l'usufrutto, considerati in se stessi, sono identici fra loro, nè sapremmo, davvero, trovarvi diversità. Quindi non vi è nessun motivo per denegare al marito ciò che la legge concede all'usufruttuario.

Si potrà obiettare, è vero, che il marito può provvedere al proprio interesse sorvegliando la moglie nell'amministrazione. Ma quali ne sarebbero le conseguenze...? Un controllo, un sindicato continuo che potrebbe riuscire fomite di dissidi e di discordie e paralizzare gli effetti che la legge si ripromette permetto il regime della comunione. Considerata pertanto la questione anche dal suo lato morale, non potrebbe avere altra soluzione che quella per noi esternata.

Ma quello che maggiormente ci conferma nella nostra opinione si è il disposto dell'articolo 1439. Si stabilisce in detto articolo che » *alle locazioni fatte » dal marito dei beni della moglie, il go- » dimento dei quali cade nella comunione » sono applicabili le regole stabilite per le » locazioni fatte dall'usufruttuario* ». Dunque la legge ammette che il marito possa procedere alle locazioni dei beni *propri* della moglie perchè il godimento di questi beni cade nella comunione. E cosa è questo se non un diritto di amministrazione ...! La facoltà di *locare* lo presuppone necessariamente.

Concludiamo che il marito non solo ha il diritto di amministrare le cose della comunione, ma ha ancora quello di amministrare i beni *propri* della moglie il di cui godimento soltanto cade nella comunione stessa.

1456. Il marito nella sua qualità di amministratore ha, per regola, tutti i diritti ed assume tutti gli obblighi propri di qualunque altro amministratore. Però, come abbiamo avvertito, in quanto alle locazioni che egli faccia dei beni della moglie l'articolo 1439, prescrive che debbano applicarsi le regole stabilite per le locazioni fatte dall'usufruttuario.

Ma accordandosi al marito questa facoltà di locare si rendeva necessario fare in modo che gli effetti delle locazioni consentite dal marito non pregiudicassero troppo gravemente l'interesse della moglie, la quale allo scioglimento della comunione, riprende il godimento dei suoi beni; e nello stesso tempo di non porre il conduttore sotto il colpo di una risoluzione immediata della locazione verificandosi lo scioglimento della comunione stessa.

1457. Disponendosi che debbansi in proposito applicare le regole stabilite per le locazioni fatte dall'usufruttuario, il legislatore ha procurato conciliare l'interesse della moglie con quello del conduttore. Non faremo qui che trascrivere i relativi articoli di legge, non sembrandoci, per la loro chiarezza, che abbisognino di schiarimenti.

Art. 493. » *Le locazioni fatte dall'usu- » fruttuario per un tempo eccedente i cin- » que anni, non sono durevoli nel caso di » cessazione dell'usufrutto se non per il quin- » quennio che si trova in corso al tempo » in cui cessa l'usufrutto, computando il » primo quinquennio dal giorno in cui ebbe » principio la locazione, e gli altri succes- » sivi dal giorno della scadenza del prece-*

» *dente quinquennio — Le locazioni per un*
» *quinquennio c per minor tempo che l' u-*
» *sufruttuario ha pattuito o rinnovate più*
» *di un anno prima della loro esecuzione,*
» *se i beni sono rustici, e più di sei mesi*
» *prima, se trattasi di case, non hanno ve-*
» *run effetto quando la loro esecuzione non*
» *abbia cominciato prima che cessasse l'u-*
» *sufrutto — Se l' usufrutto doveva ces-*
» *sare a tempo certo e determinato, le lo-*
» *cazioni fatte dall' usufruttuario non du-*
» *reranno in ogni caso se non per l' anno,*
» *e trattandosi di fondi dei quali il prin-*
» *cipale raccolto sia biennale o triennale,*
» *per il biennio o triennio che si trova in*
» *corso al tempo in cui cessa l'usufrutto* ».

1458. I diritti del marito non si limitano alla pura e semplice amministrazione. Egli ha facoltà di stare in giudizio per le azioni che riguardano la comunione: ma a lui esclusivamente non ad altri si compete questo diritto » *il marito* » *solo può amministrare i beni della comu-* » *nione e stare in giudizio per le azioni* » *risguardanti la medesima (art.* 1438.*)*

1459. Anche qui si presentano delle difficoltà stante il laconismo di questa disposizione. Difatti colle parole » *azioni* » *risguardanti la comunione* », ha inteso la legge comprendere le azioni tutte, di qualunque natura, tanto che siano relative ai beni che realmente formano subietto della comunione, quanto che riguardino i beni propri della moglie .... ?

Per quello che concerne i frutti e le entrate nonche gli *acquisti*, cose tutte che formano subietto della comunione, non può nascere alcun dubbio; il marito ha diritto di esercitare tutte le azioni relative, mobiliari, immobiliari, possessorie o petitorie che siano.

Ma relativamente ai beni *propri* della moglie non crediamo possa adottarsi la medesima conclusione, e che debba invece applicarsi la disposizione dell' articolo 1438, distinguendo le azioni *possessorie* dalle *petitorie*.

Le prime non essendo dirette che a far cessare le *turbative* al godimento dei beni della moglie, è certo che possono esercitarsi dal marito perchè quel godimento cade nella comunione, e la legge gli affida l' esercizio delle azioni che riguardano la comunione stessa. Non ostante, siccome la sentenza pronunziata sopra l' azione *possessoria*, quando fosse contraria, potrebbe avere delle dannose conseguenze contro la proprietà della moglie, così non potrebbe denegarsi alla medesima la facoltà d' intervenire nel giudizio per tutelare il proprio interesse (19.)

A riguardo poi delle azioni *petitorie* crediamo che debba applicarsi il principio di ragione che insegna — non potere promuovere azioni in giudizio chi non ha diritto di alienare — in quantochè l' esercizio di una azione giudiziale non è in sostanza che una alienazione indiretta (20.)

Il marito può alienare a titolo *oneroso* i beni della comunione, ma non può alienare i beni *propri* della moglie perchè sono espressamente esclusi da questa società, quindi a norma del principio enunciato non può esercitare le azioni che riguardano l' interesse esclusivo della moglie, quali sono le azioni *petitorie*.

È da osservarsi inoltre che la legge nel concedere al marito l'esercizio delle azioni concernenti la comunione, non viene in sostanza ad accordagli che quelle azioni che competono all' usufruttuario poichè, agli effetti della questione che ci occupa, il *godimento* dei beni della comunione e il *godimento* concesso all' usufruttuario si presentano identici, ne potrebbero ricevere una diversa valutazione. Ora è certo che se le azioni possessorie competono all' usufruttuario, (21) non gli compete però l'esercizio delle azioni *petitorie*.

(19) Toullier. — *Op. cit. n. 383.*

(20) « *Est enim absurdum ei cui alienatio* « *interdicitur, permitti actiones exercere* » Leg. 7 § 2 ff. de jur. delib.

(21) *Leg. ult. ff. uti possid ;*

torie. Tanto ciò è vero che *articolo* 311, prescrive che, se durante l'usufrutto, un terzo commetta qualche usurpazione sul fondo, od offenda altrimenti le ragioni del proprietario, esso è tenuto a fargliene la denunzia; lo chè si renderebbe inutile, o per lo meno non se ne potrebbe formare un obbligo per lui, se gli fosse concesso il libero ed indistinto esercizio di qualunque azione.

B.

Facoltà di alienare.

1460. La facoltà concessa al marito di alienare e d' ipotecare i beni della comunione non è nel concetto della legge che una conseguenza del diritto di amministrazione. A persuadersene basta aver presente il disposto dell' articolo 1438, » *il marito solo può amministrare i beni* » *della comunione e stare in giudizio per* » *le azioni riguardanti la medesima, ma* » *non può, salvo chè a titolo oneroso, a-* » *lienare o ipotecare i beni, la cui pro-* » *prietà cade nella comunione* ».

1461. Ma questo diritto di amministrazione congiunto alla facoltà di alienare come dovrà qualificarsi . . . ?

Si può amministrare dei beni che non ci appartengono, ed è così che si dice che il tutore amministra i beni del suo pupillo, il padre quelli del figlio. — Si può amministrare dei beni o dei diritti che ci appartengono in parte, per esempio dei beni indivisi tra più persone, o una società nella quale abbiamo un interesse. Finalmente si può amministrare i propri beni, i propri affari; si è allora amministratori » *rei suae* ».

Di questi significati che presenta la parola *amministrazione* niuno è adatto a concretare il concetto del legislatore, perchè il marito non amministra per conto della moglie ma della comunione; non amministra i beni come propri perchè questi beni sono comuni e divisibili fra i coniugi.

Volendo pertanto dare una qualifica a questo diritto non sapremmo definirlo in altro modo che per un diritto di usufrutto in quanto alla *amministrazione* ed al *godimento*, per un diritto limitato di *proprietà* in quanto alla facoltà di alienare e di ipotecare.

1462. Ciò accennato non abbiamo da fare che brevissime osservazioni,

1463. Comunque la facoltà di alienare e di ipotecare sia concessa al marito dall' artic: 1434. sotto la forma di una restrizione o di una limitazione al diritto di amministrazione » *ma non può, salvo-* » *che a titolo oneroso, alienare o ipotecare* » *i beni la cui proprietà cade nella comu-* » *nione* » non è men vero però che nella sostanza è la attribuzione di un vero e proprio diritto, che il marito può esercitare liberamente senza obbligo di renderne conto ad alcuno, purchè si uniformi alle condizioni imposte, cioè di alienare a titolo *oneroso*.

1464. *Alienare* è trasferire in altri la proprietà di una cosa o di un diritto che ci appartiene (22.).

Si aliena a titolo *oneroso* quando ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio. — Si aliena a titolo *gratuito* quando uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente *(art.* 1101.*)*

1465. Il marito può vendere, permutare, transigere, garantire con ipoteca le proprie obbligazioni, perchè questi sono atti di alienazione a titolo correspettivo; ma non può *donare*, perchè subordinando la legge la facoltà di alienare alla condizione che sia a titolo oneroso, esclude necessariamente tutte le alienazioni a titolo *gratuito*.

1466. Questo potere di *alienare* e di *ipotecare* non si può esercitare dal marito che sopra i beni formanti subietto della comunione, e come dice l'articolo 1438, sopra i beni » *la cui proprietà cade nella*

(22) *Leg.* 1 *Cod. de fund. dot.*

» *comunione* » conseguentemente sopra i frutti, sopra le entrate, sopra gli acquisti fatti dai coniugi tanto unitamente quanto separatamente. La legge non fa alcuna eccezione: solamente il potere di alienare non può estendersi ai beni *propri* della moglie, perchè il *godimento* soltanto, ossia i frutti e le entrate di questi beni, cade nella comunione, ma non la proprietà.

C.

Risponsabilità del marito.

1467. Non è a credersi che accordandosi al marito l'amministrazione della comunione, lo si esima da qualunque risponsabilità nella sua gestione.

Il principio della risponsabilità, in caso di colpa, è un principio di equità universale consacrato dall'articolo 1152. che deve trovare la sua applicazione in qualunque materia anche nel silenzio della legge.

Il marito non può essere affrancato dalla legge comune a nessun titolo; non a quello di semplice amministratore o mandatario, perchè il mandatario è risponsabile non solamente pel dolo, ma anche per la colpa commessa nell'esecuzione del mandato *(art. 1746.)*; non a quello di socio, perchè anche il socio è risponsabile come il mandatario *(art. 1714.)*

Resta la sua qualità di marito, ma da questa qualità non può derivargli la *irresponsabilità* del proprio operato, poichè non è a supporsi che il pensiero del legislatore sia stato quello di lasciare al medesimo la facoltà di usare e di abusare dei beni sociali, anzi dichiarandolo *amministratore* ha chiaramente fatto intendere di sottoporlo alla responsabilità comune.

1468. E che ciò sia ne troviamo la conferma negli articoli 1436. e 1441.

Stabilisce, infatti l'articolo 1436, che l'effetto della comunione si è di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi. Ora ammettendo la *irresponsabilità* del marito sarebbe contradire al fine che la legge si è proposto, poichè una cattiva amministrazione potrebbe arrecare alla moglie tali danni e pregiudizi da rendersi irrisoria, allo scioglimento della comunione, quella ripartizione degli utili ai quali essa acquistò il diritto fino dal momento della costituzione della società.

Ma un argomento più speciale, più decisivo ce lo somministra l'articolo 1442. La moglie è autorizzata a domandare la separazione dei beni » *in caso di cattiva* » *amministrazione* » — Ecco quindi un freno che la legge pone all'abuso che il marito potesse fare delle cose della comunione, ed in pari tempo una ragione di più per ritenere che nella sua gestione esso deve comportarsi come qualunque altro amministratore, e che per conseguenza è risponsabile del propro operato.

1469. Ma quale è il grado di vigilanza a cui il marito è tenuto nella sua gestione . . . ?

A questa questione *(dice Cubain 23.)* il buon senso risponde che il marito è tenuto di adibire tutta la vigilanza di cui è capace, ma che non è tenuto a niente di più. Ecco come l'illustre scrittore sviluppa questo principio — Senza dubbio *(egli prosegue)* per discaricare il marito dalle conseguenze delle colpe di amministrazione che egli commette, non si ammetterà senza prova sufficiente che egli è naturalmente incapace della vigilanza ordinaria. Senza dubbio, a più forte ragione, per ciò solo che il marito allegasse che è nella sua natura di essere dissipatore, ed anche quando appoggiasse la sua esserzione provando di avere dissipato i propri beni, egli non dovrebbe essere assoluto per la dissipazione dei beni della moglie, ma ciò che sosteniamo si è che ogni questione di responsabilità è essenzialmente relativa — Se il marito fosse di tal debolezza di spirito da avvicinarsi

(23) *Des droits. des femmes n. 197.*

a quella che da luogo alla nomina di un consiglio giudiziario, se esso fosse disceso ad un grado sì infimo d' intelligenza da rendersi necessario di provocare la sua interdizione, e che in questo stato avesse lasciato perire i beni della moglie, egli non sarebbe certamente risponsabile della loro perdita — Ugualmente se il marito provasse di aver fatto tuttociò che era in lui per bene amministrare la fortuna della moglie, egli non sarebbe risponsabile perchè altri dotato di maggiore intelligenza e capacità avrebbe potuto amministrare con migliori resultati. Il difetto di intelligenza è un caso di forza maggiore al più alto grado. — Se ogni questione di responsabilità deve essere risoluta prendendo in considerazione l'attitudine personale del marito, a più forte ragione non può essere risoluta, facendo astrazione dalle circostanze nelle quali si presenta ».

1470. Come già osservammo *(n.° 1454.)* il marito ha non solo l'amministrazione dei beni che effettivamente formano subietto della comunione, ma ha ancora l'amministrazione dei beni *propri* della moglie, il godimento dei quali cade ugualmente nella comunione. Questa amministrazione di cui è investito gli fa necessariamente assumere gli stessi obblighi, la stessa risponsabilità che assume qualunque altro amministratore. Infatti non si potrebbe ammettere che amministrando i beni *propri* della moglie non fosse risponsabile della sua gestione. Egli gli amministra unicamente perchè il godimento di quei beni sia conferito nella comunione, ma il godimento dei beni non lo può esimere come non esime l'usufruttuario, dal conservare salva la sostanza, e dall'obbligo di adibire la diligenza che adibisce nelle cose proprie.

1471. Ciò essendo, non parleremo degli obblighi speciali del marito come amministratore. Sono gli stessi obblighi che egli assume allorchè amministra i beni dotali o i beni parafernali della moglie, per cui, ad evitare inutili ripetizioni, rinviamo i nostri lettori a quanto abbiamo detto trattando di quelle materie n.° 1265 *e segg. n.° 1397.)*

CAPITOLO TERZO

Dello scioglimento della comunione.

SOMMARIO.

1472. Cause per le quali si scioglie la comunione.
1473. Morte dei coniugi.
1474. 1475. 1476. Assenza dichiarata.
1477. Separazione personale.
1478. 1479. 1480. 1481. Separazione giudiziale dei beni — condizioni per ottenerla.
1482. 1483. Facoltà concessa alla moglie o ai suoi eredi di rinunziare alla comunione, sciolta che sia, o di accettarla col benefizio dell' inventario.
1484. 1485. 1486. 1487. Forme che debbono adempirsi.
1488. 1489. 1490. Liquidazione onde procedere alla divisione.
1491. 1492. Formazione della massa attiva.
1493. Cosa vi debbano conferire i coniugi.
1494. Compensi.
1495. Prelevamenti.
1496. 1497. 1498. 1499. Patto di antiparte — quando possa esercitarsi.
1500. Divisione della massa attiva.
1501. 1502. 1503. Regole a ciò relative.
1504. 1505. — Divisione della massa passiva.
1506. 1507. 1508. 1509. Come si debba procedere relativamente ai debiti contratti dal solo marito.
1510. 1511. 1512. 1513. 1514. 1515. Come a riguardo dei debiti contratti dalla moglie.
1516. Se la moglie sia tenuta ai debiti della comunione ultra vires — Disposizioni del codice Francese — Disposizioni del nostro Codice.
1517. Se la omissione della descrizione dei mobili impedisca alla moglie di rinunziare alla comunione o di accettarla col benefizio dell' inventario.
1518. 1519. 1520. 1521. Effetti speciali della rinunzia.
1522. 1523. Quando la moglie decada dal diritto di rinunziare alla comunione.
1524. 1525. Ripartizione ineguale degli utili.
1526. Quando i creditori vi si possano opporre.
1527. 1528. 1529. Ristabilimento della comunione.

1530. Vi deve concorrere il consenso di ambidue i coniugi.
1531. 1532. 1533. Effetti — di fronte ai coniugi — di fronte ai terzi.
1534. 1535. Non possono farsi innovazioni al primo contratto — nullità comminate dalla legge.
1536. 1537. Il ristabilimento della comunione deve farsi per atto pubblico.

1472. La comunione si scioglie 1.° per la morte di uno dei coniugi 2.° per l'assenza dichiarata 3.° per la separazione personale definitiva 4.° per la separazione giudiziale dei beni *(art. 1441.)*.

1473. La morte dell' una o dell'altra parte come scioglie ogni società così ugualmente scioglie la comunione. Qualunque sia il *regime* adottato esso non può sopravivere al matrimonio; sciolto questo, la dote ritorna una proprietà libera della donna o de' suoi eredi, e la comunione si dissolve per dar luogo alla divisione e ripartizione degli utili che saranno per risultarne.

1474. Dispone l' articolo 1441, che l' assenza *dichiarata* è causa di dissoluzione della comunione. — È una innovazione che il Codice nostro porta in tale materia.

Razionalmente considerata la questione sembrerebbe giusto permettere al coniuge presente (il quale non ostante la dichiarazione di assenza rimane vincolato al primo matrimonio senza poterne contrarre un secondo) di far perdurare le *convenzioni*, queste condizioni del matrimonio sotto la di cui fede venne contratto, inquantochè la dissoluzione del contratto di matrimonio cangia necessariamente le abitudini e tutta la esistenza del coniuge presente.

Ed iufatti, perchè l'assenza non è causa di scioglimento del vincolo della dotalità mentre lo è della comunione......? L' uno e l' altro regime, in sostanza, non sono diretti ad altro, che all'interesse comune della famiglia, a sostenere cioè colle rendite dell' una cogli *utili* dell' altra i gravi pesi del matrimonio.

Questi riflessi furono certamente presi in considerazione dal codice Francese poichè coll' articolo 124, si permesse al coniuge presente di *optare* per la continuazione della comunione o per il suo scioglimento.

È pertanto a ritenersi che altre ragioni più d' ordine pubblico che d' ordine privato debbano aver mosso il legislatore a stabilire così perentoriamente che l'assenza *dichiarata* è causa di scioglimento della comunione. Forse si è creduto che il termine di tre o respettivamente di sei anni, che deve decorrere dalla scomparsa alla dichiarazione di assenza *(art. 22.)*, sia bastante a far presumere con fondamento la morte dell' assente, specialmente in una epoca quale è la nostra nella quale mercè il *vapore* e la *elettricità*, si verifica tanta facilità, tanta prontezza nelle comunicazioni e nei commerci. Forse, e questa non è che una ragione *economica*, per non tenere vincolati ed in sospeso per un tempo troppo lungo dei beni e dei diritti che sarebbero altrimenti commerciabili con vantaggio della pubblica prosperità. Noi non sapremmo davvero rintracciare altre ragioni in appoggio della disposizione del citato articolo 1441.

1475. Ma qualunque sia la ragione della legge noi dobbiamo stare alla sua disposizione così chiara e formale.

1476. Dichiarata l'*assenza* nei modi e nelle forme stabilite *(art. 23. 25. 26.)*, lo scioglimento della comunione si opera di pieno diritto, *ipso jure*....?

Riteniamo che debba domandarsi in contradittorio degli immessi in possesso, poichè essendo essi i legittimi rappresentanti dell' assente, hanno necessariamente l' obbligo di tutelare l' interesse del medesimo nelle divisioni e ripartizioni cui da luogo lo scioglimento.

Se l' *immesso* nel possesso temporaneo è il coniuge presente, poichè sarà stato esso che avrà provocato la dichiarazione di assenza, la sentenza emanata alle di lui istanze basterà, a parer nostro, per

esimerlo dall' avanzare una speciale domanda onde ottenere lo scioglimento della comunione. Ma se, al contrario, altri interessati fossero stati quelli che l' avessero provocata, allora il coniuge presente dovrebbe richiedere che in contradittorio dei medesimi, si procedesse alla divisione e liquidazione della comunione.

1477. La terza causa che produce lo scioglimento della comunione è la separazione personale *definitivo*.

La separazione *provvisoria* ottenuta nella pendenza del giudizio non scioglie la comunione, perchè i diritti respettivi dei coniugi non possono subire modificazioni che in virtù di una sentenza irretrattabile, passata cioè in *giudicato*. — Però anche qui lo scioglimento non si verifica di pieno diritto, e bisogna che ne sia fatta la opportuna domanda. Difatti, lo scioglimento della comunione non si risolve che in una separazione di beni: ora siccome, trattandosi di dote, la ottenuta separazione personale non produce *ipso jure* la separazione della dote stessa dai beni del marito, ma bisogna che sia domandata dalla moglie *(art. 1418.)*, così, per identità di ragione deve, a nostro avviso, applicarsi lo stesso principio allo scioglimento della comunione.

1478. L' ultima causa di scioglimento è la separazione giudiziale dei beni.

Avendo il marito il diritto di amministrare ed ancora quello di alienare a titolo oneroso i beni della comunione *(art. 1438.)*, era di giustizia, come ha fatto l' articolo 1441., porre un freno all'abusivo esercizio di questi diritti, e concedere alla moglie un mezzo di salvare le proprie sostanze dal naufragio della fortuna del marito.

Ma non sempre, ed a proprio talento, può la moglie esercitare questo diritto; bisogna che concorrano motivi reali, effettivi di pericolo per il di lei interesse: è solo in questo caso che la legge permette di modificare le convenzioni matrimoniali. Ecco quanto stabilisce in proposito l'articolo 1442. che » *la separazione » giudiziale dei beni non può pronunziarsi » che in caso di cattivo amministrazione » della comunione*, o *quando il disordine » degli affari del marito metto in pericolo » gli interessi della moglie.* »

1479. La cattiva amministrazione mentre, di per se, non è causa di separazione della dote dai beni del marito, è causa però dello scioglimento della comunione.

La ragione della differenza balza chiaramente agli occhi. Nel regime dotale la donna è, il più delle volte, bastantemente garantita colla sua ipoteca legale dai danni che possano intervenire ai suoi beni per la mala amministrazione del marito. Ma nella comunione, il cui scopo è di rendere comuni e divisibili il godimento dei beni e gli acquisti fatti, la cattiva amministrazione viene a paralizzare ed anche a distruggere questo fine senza che la moglie ne rimanga garantita in alcun modo. È questa la ragione per cui la legge non pone fra le cause della separazione della dote la cattiva amministrazione, mentre la pone in prima linea trattandosi di comunione.

1480. La moglie è autorizzata a domandare lo scioglimento della comunione non solo quando i beni sociali siano malamente amministrati, ma quando ancora vi sia disordine negli affari del marito.

Generalmente il disordine nei propri affari non è che una conseguenza della cattiva amministrazione, ma può ben anco derivare da disgraziate combinazioni indipendenti affatto dalla volontà del marito. La legge però non prende di mira se non se il fatto che il disordine » *metto in pericolo gli interessi della moglie* » *(art. 1442.)*, senza riguardo alcuno alla causa che lo ha prodotto: basta che esista un pericolo per l' interesse della donna perchè essa possa esperimentare i propri diritti.

1481. Come in tema di dote, così nella comunione, la separazione dei beni

non può dimandarsi che giudizialmente e dalla sola moglie *(art.* 1418. 1442.*)*

Parimente questa separazione non può domandarsi dai creditori particolari della moglie senza il di lei consenso; ed è retroattiva al giorno della domanda *(art.* 1420, 1421, 1442.*)*.

1482. Fin qui delle cause per le quali si scioglie la comunione dei beni. — Esaminiamo ora quali ne sono gli effetti.

1483. Avendo la comunione per oggetto di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti durante la medesima, detratti i debiti *(art.* 1436.*)*, ne consegue che, al suo scioglimento, tutti i beni che la componevano si devolvono ai coniugi o ai loro eredi a perfetta metà con tutti i debiti ed oneri da cui sono rimasti affetti.

Ma poichè questi debiti e questi oneri potrebbero sorpassare in valore quello della massa *attiva* così la legge accorda alla moglie ed ai suoi eredi la facoltà di rinunziare alla comunione o di accettarla col benefizio dell' inventario » *dopo lo » scioglimento della comunione, la moglie » od i suoi eredi hanno sempre la facoltà » di rinunziare alla comunione o di accettarla col benefizio dell' inventario (art.* 1444.*)*

È un diritto che si accorda alla donna, certamente, per bilanciare quello esclusivo di amministrazione e di alienazione concesso al marito, ed all' oggetto che la medesima non resti esposta al pericolo di perdere i suoi beni particolari per delle convenzioni improvvide poste in essere dal marito e che essa non poteva impedire.

1484. La moglie adunque o i suoi eredi hanno la facoltà di rinunziare alla comunione o di accettarla col benefizio dell'inventario.

Nell'uno e nell'altro caso devono adempirsi le forme prescitte per le rinunzie e per le accettazioni delle eredità, essendo ciò prescritto dal citato articolo 1444. » *Uniformandosi a quanto viene stabilito » per le rinunzie alle eredità* o *per le accettazioni delle medesime col benefizio dell'inventario nel capo* » DELLE DISPOSIZIONI COMUNI ALLE SUCCESSIONI EC. » *e sotto le pene ivi comminate.* »

1485. Trattandosi di rinunzia le regole principali sono 1. Che la rinunzia non si presume, e che non può farsi se non se con una dichiarazione presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui si è aperta la successione *(art.* 944.*)* 2. Che il rinunziante alla eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato *(art.* 945), 3. Che i creditori di colui che rinunzia ad una eredità in pregiudizio dei loro diritti, possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e luogo del loro debitore *(art.* 949 4.° Che gli eredi che hanno sottratti o nascosti effetti spettanti alla eredità, decadono dalla facoltà di rinunziarvi, e restano eredi puri e semplici non ostante la loro rinunzia *(art.* 953.)

1486. Applicando questi principi al tema che ci occupa ne consegue — che la moglie o i suoi eredi che intendono rinunziare alla comunione devono farne la relativa dichiarazione avanti la cancelleria della pretura del mandamento del domicilio dei coniugi — che tale rinunzia produce per essi lo effetto di liberarli da qualunque sequela della comunione come se non vi avesse mai preso parte — che i creditori della moglie possono insorgere contro la fatta rinunzia, ove questa apparisca fatta in pregiudizio dei loro diritti, — che finalmente la moglie o suoi eredi che abbiano sottratti o nascosti effetti spettanti alla comunione decadono dalla facoltà di rinunziarvi.

1487. L' accettazione che la moglie o i suoi eredi facciano della comunione col beneficio dell' inventario produce i seguenti affetti 1. Che non sono tenuti al pagamento dei debiti della comunione oltre il valore dei beni in essi pervenuti, e che possono liberarsi cedendo ai creditori tut-

ti i beni della comunione stessa. 2. Che non sieno confusi i loro beni particolari con quelli della comunione, e che gli sia conservato contro la medesima il diritto di ottenere il pagamento dei loro crediti *(Arg. art.* 968.*)* — Ma per conseguirli occorre 1. Che la dichiarazioue relativa sia preceduta o susseguita dall' inventario dei beni *(art.* 957.*)* 2. Che questo inventario deve essere compilato entro tre mesi dal giorno in cui si è verificato lo scioglimento della comunione *(art.* 959.*)*. 3. Che compiuto l' inventario, ove la moglie o suoi eredi non abbiano fatta la relativa dichiarazione di accettazione essi hanno un termine di quaranta giorni, computabili da quello del compimento dell' inventario, per deliberare sulla accettazione o rinunzia della comunione, trascorsi i quali senza che abbiano deliberato si hanno per accettanti puri e semplici *(art.* 961*)*.

1488. Se la moglie o i suoi eredi accettano puramente e semplicemente la comunione si procede alla divisione dei beni che la compongono, ma per devenire a ciò occorre farne la liquidazione, cioè accertare la massa *attiva* e *passiva* della società, e su' i resultati procedere alla divisione.

1489. Il Codice non ci somministra a questo riguardo norme speciali, ma poichè coll' articolo 1434, dispone che, in mancanza di patti in contrario, sono applicabili le regole stabilite per il contratto di società, e siccome per la divisione della società l' articolo 1736. si riporta a quanto viene prescritto per le eredità, così è indubitato che i criteri direttivi per la divisione della comunione si devono desumere dalle regole prescritte per le successioni.

1490. All' appoggio di questi criteri dobbiamo quindi esaminare — come debbasi procedere nella divisione dell'attivo. — come nella divisione del passivo.

1491. Per dividere l' *attivo* bisogna preliminarmente riunire, almeno fittiziamente, in uno *stato* o *massa* tutto quello e quanto formava subietto della comunione, e così 1.° tutti i beni posseduti dai coniugi al momento che la costituirono, e quelli che in loro pervennero posteriormente per successione e donazione, inquantochè il godimento dei medesimi formò subietto della comunione 2.° tutti i beni che essi acquistarono tanto unitamente quanto separatamente mediante la propria industria o i risparmi fatti sui frutti e sulle rendite *(art.* 1435 1436.*)*

1492. A questa *massa* si deve aggiungere tutto ciò di cui i coniugi siano debitori verso la comunione, imperocchè se questa, come ogni altra società, ha per oggetto di dividere il guadagno che potrà derivarne *(art.* 1436 1697.*)* è di tutta giustizia che il coniuge che ne ha ritratto un vantaggio personale lo rappresenti nella massa *attiva* onde formi subietto di divisione tra esso e l' altro coniuge.

1493. Si è detto che le regole stabilite in materia di divisione di eredità devono applicarsi alla divisione della comunione. Principale fra queste regole si è quella dell' articolo 1007, colla quale si prescrive che è soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso per la dote e il corredo nuziale delle discendenti, per costituire al discendente il patrimonio ecclesiastico, per procurargli qualunque uffizio o collocamento, o pagarne i debiti.

Applichiamo questi principi al tema nostro. Configuriamo il caso che il marito coi lucri ritratti dall' esercizio della propria industria abbia costituita una dote alla figlia, o abbia fatto un assegnamento al figlio per causa di matrimonio o altro. È indubitato che quei lucri appartenevano alla comunione, e che il marito non poteva distrarli a danno della medesima; egli era in facoltà di alienare quegli *utili* a titolo oneroso ma non a titolo lucrativo, ed a titolo appunto lucrativo devono ritenersi la costituzione di una dote alla figlia, l' assegnamento al figlio, inquantochè ciò non forma un obbligo per

i genitori *(art. 147.)* e non è, per parte loro, che una mera liberalità.

Configuriamo ancora la ipotesi che il marito abbia con gli assegnamenti sociali pagato dei debiti della moglie che essa aveva al momento del matrimonio. Siccome questi debiti non potevano per la espressa disposizione della legge *(art. 1435.)* essere compresi nella comunione, così il marito, pagandoli, non ha fatto che una alienazione a titolo gratuito.

Conseguentemente tanto in questi casi quanto nei molti altri che si possono presentare devesi, in forza della disposizione dell'articolo 1007, conferire rispettivamente dal marito o dalla moglie nella massa *attiva* della comunione quanto è stato distratto in loro favore a danno della medesima.

1494. Un'altra indagine. Il *godimento* dei beni presenti e futuri dei coniugi forma subietto della comunione *(art. 1435.)* per conseguenza tutti i frutti, tutte le rendite che si ritraggono da questi beni vi sono compresi. In correspettività di questi vantaggi è naturale e giusto che le spese occorrenti per la coltivazione e manutenzione dei fondi debbano posare a carico della comunione.

Ma a riguardo delle spese che eccedono la natura di quelle per semplice manutenzione, il coniuge che le ha fatte dovrà ottenerne compenso dall'altro nella divisione.... ?

Bisogna tornare alla solita distinzione delle spese *necessarie, utili*, e di *mero piacere*. Se si tratta di spese necessarie fatte coi danari della comunione, il coniuge proprietario del fondo a vantaggio del quale furono fatte deve compensarne la comunione rappresentandone il valore nella massa *attiva*.

In quanto alle spese *utili*, il compenso è dovuto sino alla concorrenza del valore maggiore che possono avere acquistato i fondi al tempo dello scioglimento della comunione, perchè è soltanto nell'aumento di valore che deve ritenersi il profitto per il coniuge a di cui favore furono fatte.

Se si tratta poi di spese di mero piacere, per queste non può essere dovuto alcun compenso, inquantochè non avendo i fondi acquistato maggior pregio non trovasi che il coniuge abbia lucrato a spese della comunione (24).

1495. Formata la *massa* di tutti i beni di cui godeva la comunione si procede a prelevare quelli che non vi appartengono o che non vi sono entrati. Bisogna dunque prelevare i beni mobili ed immobili *propri* dei coniugi, poichè non questi beni, ma il loro *godimento* soltanto ha formato subietto della comunione.

A riguardo dei mobili, abbiamo già detto *(n.° 1434.)* che in mancanza di inventario o di altro titolo autentico essi sono considerati come acquisti della comunione; che per altro possono i coniugi prelevarli ove giustifichino aver loro appartenuto prima della comunione, o essersi loro devoluti durante la medesima a titolo di successione o donazione.

Dobbiamo ora aggiungere che, mancando la descrizione o altro titolo autentico di proprietà, il prelevamento dei mobili non può farsi a pregiudizio dei terzi i quali avessero contrattato col marito quale amministratore della comunione. In questo caso non compete alla moglie o ai suoi eredi che il regresso sulla porzione spettante al marito ed anche su'i beni di lui particolari *(art. 1446.)*

1496. Fra i patti che la legge permette ai coniugi di stipulare vi è quello che il coniuge sopravivente possa prelevare una porzione sù gli utili della comunione *(art. 1440.)*

Questo patto, che in altro non si risolve se non se in una *antiparte* nella divisione, è subordinato, per la sua esperibilità, alla condizione della sopravvivenza. Morto uno dei coniugi, il superstite ha

(24) Vedi — *Pothier — Tratt. della comunione n. 634 e segg.*

diritto di prelevare dai beni da dividersi la porzione pattuita. Ma l'esercizio di questo diritto dipende esclusivamente dal fatto della sopravvivenza non dallo scioglimento della comunione. Quindi la dissoluzione avvenuta durante la vita dei coniugi sia per l'assenza *dichiarata*, sia per la separazione personale definitiva, sia per la separazione giudiziale dei beni, non da luogo a conseguire questa antiparte o prelevazione. Però *Pothier* ritiene, ed è razionalissima la sua opinione, che per queste cause di scioglimento il diritto di *antiparte* non rimanga distrutto ma resti invece sospeso fino al verificarsi della condizione della sopravvivenza. Ecco quanto dice in proposito il celebre Scrittore « *Quando la dissoluzione della comunione* » *sia avvenuta in vita dei coniugi, puta* » *in forza di una separazione, allora nella* » *divisione non ha luogo l'anteparte, poi-* » *chè ad essa non si è anco fatto luogo;* » *ma si fa a condizione che quando si farà* » *luogo per la premorienza di uno di essi,* » *l'eredità del predefunto sarà debitrice* » *verso il superstite di questa anteparte.* » *Quindi, se l'anteparte stabilita nel con-* » *tratto di matrimonio sia, per esempio di* » *Lire 4000, l'eredità sarà debitrice verso* » *il coniuge superstite della somma di* » *2000, lire sopra la parte che il prede-* » *funto ha avuto nella divisione della co-* » *munione* (25.)

1497. Se i due coniugi fossero morti per causa di un disgraziato accidente, per esempio un naufragio, un incendio, senza potere provare chi di loro abbia sopravvissuto, nè gli eredi del marito nè quelli della moglie avrebbero diritto ad ottenere questa *antiparte*, perchè ne gli uni ne gli altri sarebbero in grado di appoggiare la domanda che ne facessero. (26)

1498. Bene si intende che si faccia luogo al conseguimento di questa *antiparte* inquanto il coniuge superstite non abbia rinunziato alla comunione, poichè essendo l'*antiparte* un diritto che si esercita nella divisione, non può altrimenti aver luogo quando in forza della rinunzia non si ha più comunione da dividere.

1499. Faremo ancora un altra avvertenza. Questo diritto di antiparte, meno convenzioni in contrario, deve esercitarsi sulla massa divisibile, sulla massa cioè depurata dai debiti e dai pesi inerenti alla società. Disponendo, infatti, l'articolo 1436 che gli utili della comunione sono divisibili fra i coniugi « *detratti però* » *sempre i debiti della stessa comunione* » ci fa apprendere chiaramente che il diritto di *prelevazione* autorizzato dell'articolo 1440, è subordinato nel suo esercizio a tale principio. Quindi se detratti i debiti niente o poco restasse sulla massa divisibile il diritto di antiparte rimarrebbe caduco, o non potrebbe esercitarsi che fino alla concorrenza di ciò che rimane.

1500. Eseguiti i *prelevamenti*, ciò che resta della massa *attiva* si divide a perfetta metà tra i coniugi o che li rappresenta.

Come abbiamo accennato *(n.° 1489.)* le regole per procedere a questa divisione sono quelle stabilite per la divisione delle eredità, per cui non faremo qui che esporre le principali di queste regole.

1501. Fra gli acquisti della comunione ne vi possono essere mobili o immobili non suscettibili di comoda divisione, o che dividendoli si venga a smembrare i fondi ed a recare danno alla qualità delle coltivazioni. — Nel primo caso se ne deve effettuare la vendita ai pubblici incanti e dividerne il prezzo *(art. 988.)* — Nel secondo caso si deve fare in modo che entrino possibilmente in ciascuna quota mobili, immobili, diritti o crediti di eguale natura e valore *(art. 994.)*

1502. I coeredi, e così ugualmente i coniugi o chi li rappresenta, sono tenuti a garantirsi e rendersi indenni respetti-

(25) Pothier. — *Ibid. n. 445.*
(26) Id. — *n. 444.*

vamente, in proporzione delle relative quote, della perdita cagionata dalla evizione purchè proceda da causa anteriore alla divisione (*art.* 1035 1036.)

Però non rimarebbero a ciò obbligati se la qualità della evizione sofferta fosse stata eccettuata con una clausula particolare ed espresa nell' atto di divisione o se il condividente soffrisse la evizione per propria colpa (*detto art.* 1035 *capov.*)

1503. Essendo la eguaglianza delle quote l' anima delle divisioni, inquantochè tutte le volte che vi è ineguaglianza vi è errore presunto, è una conseguenza necessaria che i coniugi, alla pari dei coeredi, possano domandarne la rescissione se vi intervenne dolo o lesione. Ecco quanto in materia di divisione di eredità dispongono gli articoli 1038 *e segg.*

Art. 1038. » *Le divisioni possono rescindersi per causa di violenza o di dolo. — Può altresì aver luogo la rescissione quando uno dei coeredi provi di essere stato leso nella divisione oltre il quarto.* »

Articolo 1041. *Per conoscere se vi sia stata lesione, si fa eseguire la stima degli oggetti secondo il loro stato e valore al tempo della divisione* »

Art. 1042. » *Quello contro cui è promossa l'azione di rescissione può troncare il corso alla medesima ed impedire una nuova divisione dando all' attore il supplemento della sua azione ereditaria in danaro o in natura.* »

1504. Come l' *attivo* si divide a perfetta metà tra i coniugi così ugualmente si divide il *passivo*. È la conseguenza logica del gran principio di equità naturale, che ciascun socio sopporti nella medesima proporzione le perdite ed i vantaggi.

Considerato così razionalmente, il modo della divisione si presenterebbe facile e piano; ma a fronte della disposizione troppo generale, troppo laconica dell' articolo 1436 colla quale si prescrive che si procede alla divisione degli acquisti » *detratti però sempre i debiti della stessa comunione* », resta sempre a conoscersi quali siano le passività formanti subietto di ripartizione. Non è dunque nella nuda lettera di questa *articolo* ma nello spirito della legge, nell' insieme delle sue disposizioni che dobbiamo cercare la soluzione delle quistioni che si possono presentare in proposito.

1505. Diceva l' illustre Pisanelli nella sua relazione del 15 Luglio 1863, sul progetto del Codice civile (27) che riguardo allo scioglimento della comunione furono riprodotte le norme stabilite dal codice Francese colle modificazioni apportatevi dal codice delle due Sicilie, e dal codice Sardo.

Relativamente alla divisione delle ***passività*** il Codice Francese, posta per regola fondamentale che i debiti della comunione sono a carico per metà di ciascuno dei coniugi o dei loro eredi (*art.* 1482.) stabilisce 1.° che la moglie non è tenuta per i debiti della comunione sia riguardo al marito, sia riguardo ai creditori che fino alla concorrenza degli utili ad essa spettanti (*art.* 1483.) 2.° che il marito è tenuto per la totalità dei debiti della comunione da esso contratti, salvo il regresso contro la moglie o contro i suoi eredi por la metà dei debiti predetti (*art.* 1484 3.° che il medesimo non è tenuto che per la metà dei debiti particolari della moglie, e che fossero caduti a carico della comunione (*art.* 1485.) 4.° che la moglie può essere convenuta per la totalità dei debiti contratti in suo nome, ed entrati nella comunione, salvo il regresso contro il marito o contro i suoi eredi per la metà dei predetti debiti (*art.* 1486.) 5.° che la moglie ancorchè obbligata in proprio nome per un debito della comunione, non può essere convenuta che per la metà di tale debito purchè l' obbligazione non sia solidaria (*articolo* 1487.)

(27.) *Relaz: del Ministro Guardasigilli del 15 Luglio 1863 sul progetto del Cod. civ. pag. 62.*

Il codice delle due Sicilie non contiene, in questa parte, alcuna modificazione speciale alle disposizioni del codice Francese, e solo stabilisce *(art. 1402.)* che la moglie che si obbliga solidalmente col marito per gli affari della comunione o del marito, non si reputa obbligata riguardo a lui se non come mallevadrice: ella debbe essere fatta indenne per la obbligazione che ha contratto.

Le disposizioni poi del codice Sardo sono le medesime di quelle contenute nel codice nostro, anzi, diremo meglio, il nostro codice non ha fatto che riprodurle alla lettera (28).

Così essendo, pare a noi, che le disposizioni del codice Francese possano somministrare un valevole punto di appoggio per la risoluzione delle questioni in materia di divisione.

1506. Procedendo in questo concetto crediamo opportuno esaminare 1.° Come e fino a qual punto siano divisibili fra i coniugi o loro eredi le obbligazioni contratte dal solo marito 2.° Come le obbligazioni contratte dalla moglie.

1507. Lo abbiamo già detto *(n.° 1438 e segg.)*, il passivo della comunione si compone — delle spese occorrenti per la manutenzione e conservazione dei beni — di quelle necessarie per la costituzione della società e per la sua liquidazione — dei debiti contratti dal marito; e ben si intende che di fronte ai coniugi o loro eredi di queste passività saranno divisibili fra loro a perfetta metà. Ma a riguardo dei creditori l'azione sarà ugualmente divisibile...... ?

1508. Non bisogna confondere la obbligazione ai debiti della comunione nei rapporti coi creditori con la *contribuzione* ai debiti stessi perciò che riguarda i coniugi fra loro, inquantochè si può essere tenuti ed obbligati ai debiti verso i creditori per una quantità maggiore e non essere tenuti a contribuirvi che per una quantità minore. La obbligazione riflette l'azione, la contribuzione il *modo* di ripartizione.

1509. Il marito che contratta coi terzi assume l'obbligo di soddisfare i suoi impegni nella loro totalità, e non già di contribuirvi in proporzione della quota che gli spetta nella società. Capo ed amministratore della comunione, e fino ad un certo punto proprietario della medesima, perchè ne può alienare ed ipotecare i beni a titolo oneroso, le di lui obbligazioni, al dirimpetto dei creditori non possono essere che solidali. Sarebbe veramente ingiusto che i terzi, i quali ben conoscono quali estese facoltà siano concesse al marito, e che appunto in tal fiducia hanno contrattato col medesimo, dovessero poi dividere la propria azione per ottenere il soddisfacimento del loro credito parte dal marito, parte dalla moglie fino alla concorrenza delle quote respettive pervenute in loro in forza della divisione. Questi riflessi trovano appoggio nei principj stabiliti in materia di società disponendosi nell'articolo 1728, che » *la stipulazione esprimente che l'obbligazione fù contratta per conto sociale obbliga soltanto il socio che ha contrattato, e non gli altri, eccettochè questi gliene abbiano data la facoltà*, o *che la cosa sia stata rivolta in vantaggio della società.* »

Riteniamo pertanto che a riguardo del creditore la obbligazione del marito è indivisibile, e conseguentemente questi è tenuto a soddisfarla per la totalità, salvo però al medesimo di ottenere regresso contro la moglie se il debito o la obbligazione contratta sono di natura tale da formar carico alla comunione.

1510. Se i debiti furono contratti dalla moglie, la questione all'oggetto della divisibilità o indivisibilità della azione, può presentarsi sotto tre diversi aspetti 1.° Che essa li abbia contratti insieme ed in solido col marito. 2.° O in nome

(28.) Vedi — *Codice Sardo dall'art. 1573, al 1587 inclusive.*

proprio col semplice di lui consenso. 3.° O senza il di lui consenso.

1511. Quando la moglie si è obbligata congiuntamente al marito e con dichiarazione di essere solidale con lui, l'azione relativa è indivisibile perchè è a ritenersi che le parti l'abbiano considerata come tale *(arg. art.* 1202.*)* Tanto l'una qnanto l'altro potranno essere convenuti indistintamente per la totalità.

1512. Ma non potrebbe dirsi lo stesso se la moglie, obbligandosi congiuntamente al marito, non fosse stata espressa la solidarietà; in questo caso il marito rimarrebbe sempre tenuto per la totalità della obbligazione. È vero cbe se egli si fosse obbligato congiuntamente a qualunque altra persona, fuori della moglie, senza esprimere la solidarietà, il debito si dividerebbe di pieno diritto, ne si reputerebbe obbligato che per la sua parte. Ma a riguardo della moglie deve ritenersi che sia stata intenzione delle parti di procurare al creditore una garanzia maggiore, piuttostochè dividere e diminuire la obbligazione del marito. A questi però rimarrebbe sempre il suo regresso contro la moglie (29.)

Siccome per altro coll'accedere che fa la moglie alla obbligazione del marito viene a formarsi fra lei ed il creditore un legame di diritto che certamente deve avere un qualche valore, così non potrebbe essere impedito al creditore di rivolgersi contro la moglie per otteneré la soddisfazione della obbligazione per la sua metà.

1513. Le obbligazioni contratte dalla moglie col semplice consenso del marito, o senza il di lui consenso saranno o no divisibili..?

1514. Il semplice consenso prestato dal marito alle obbligazioni della moglie non essendo diretto che all'unico scopo di convalidarle, non crea verun vincolo di diritto tra esso ed il creditore della moglie; quindi a niente può rimanere obbligato. Ma se la obbligazione fosse stata rivolta in vantaggio della comunione, certamente allora il marito sarebbe tenuto per la sua metà. È questa l'applicazione della eccezione al principio stabilito dall'articolo 1728 sopracitato — il socio non obbliga gli altri soci se non gli è stata data facoltà di obbligarsi, o se la cosa non è stata rivolta in vantaggio della società.

1515. Se la moglie si obbliga senza il consenso del marito, è indubitato che la sua obbligazione non può formar carico alla comunione, e conseguentemente neppure al marito per la sua metà, perchè egli solo ba facoltà di amministrare e di obbligarsi per la società non già la moglie. Solo potrebbe essere tenuto a contribuirvi quando la obbligazione gli avesse arrecato un vantaggio reale ed effettivo. *(arg. art.* 1307.*)*

1516. Ancora un'altra quistione. — La moglie può essere tenuta coi suoi beni particolari alla soddisfazione dei debiti della comunione contratti dal marito?

L'articolo 1482 del codice Francese contiene una disposizione speciale che toglie qualunque dubbio in proposito. Esso dispone che la moglie non è tenuta per i debiti della comunione sia riguardo al marito, sia riguardo ai creditori che fino alla concorrenza degli utili ad essa spettanti, purchè siavi stato un valido e fedele inventario, e si renda conto tanto di ciò che è compreso nell'inventario stesso quanto di ciò che le è pervenuto dalla divisione.

Ma nel nostro Codice non esiste una simile disposizione. Si accorda invece, sciolta la comunione, alla moglie o suoi eredi il diritto di rinunziarvi o di accettarla col benefizio dell'inventario *(articolo* 1444.*)* Quindi non è la legge che provvede direttamente all'interesse della donna, ma rilascia esclusivamente a lei la facoltà di provvedervi. O essa riconosce che la comunione può nelle sue sequele

(29) Pothier — *Ib. n°. 729.*

riuscirle dannosa ed ha la facoltà di rinunziarvi liberamente; o non è bene sicura quali ne possano essere gli effetti inquantochè, per esempio, non sia stato ancora proceduto alla liquidazione, ed allora può accettarla col benefizio dell'inventario nella certezza che essa non potrà giammai essere tenuta *ultra vires*.

Ma se non si valesso di questi mezzi che la legge pone a sua disposizione certo è che essa potrebbe rimanere sottoposta a soddisfare coi beni *propri* le passività della comunione che eccedessero la sua quota di *attivo*.

1517. Se nella costituzione della comunione si fosse omesso l'inventario dei mobili potrebbe la moglie valersi del diritto che le accorda la legge di rinunziare alla comunione o di accettarla col benefizio dell'inventario?

L'articolo 1437 stabilisce che in mancanza d'inventario i beni mobili sono considerati come acquisti della comunione. Però non è impedito ai coniugi, quando abbia luogo la divisione, di prelevare i mobili che potessero appartenerli giustificandone la proprietà con qualunque mezzo di prova autorizzato dalla legge *(art. 1444.)* anzi l'articolo 1445, accorda alla donna il diritto di provare il valore di questi mobili anche per *notorietà*. Ma queste disposizioni, come chiaramente apparisce, non si riferiscono che a ciò che può costituire la massa *attiva* divisibile, ma non già alla massa *passiva*, sono troppo precise ed assolute per dar loro una estensione che il legislatore non volle certamente attribuire. Così essendo, a noi pare che la moglie possa rinunziare alla comunione o accettarla col b nefizio dell'inventario non ostantechè nella sua costituzione sia stata omessa la descrizione dei beni. Questa omissione non porta altra conseguenza se non se di far considerare i mobili come *acquisti* della comunione, ma non può estendersi ad altro. Quello però che toglie ogni dubbio è il disposto dell'articolo 1444 col quale si stabilisce » *dopo lo scioglimento della comunione, la moglie od i suoi eredi hanno sempre la facoltà di rinunziare alla comunione, o di accettarla col benefizio dell'inventario.* » — Non si fa veruna eccezione, i coniugi indistintamente hanno questo diritto siansi o no adempite le forme prescritte. È questo certamente il senso logico della disposizione, e che non potrebbe intendersi limitativamente senza violarla.

1518. Parlando qui di rinunzia, ci si permetta una digressione relativamente agli effetti che ne derivano allorchè la moglie si appigli ad esercitare questo diritto che le accorda la legge.

Stabilisce l'articolo 945, che chi rinunzia alla eredità (e le regole sulle successioni come dimostrammo *(n. 1484.)* sono comuni alla rinunzia alla comunione) è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato. — A questo principio il successivo articolo 953 fa una eccezione disponendo che gli eredi che hanno sottratti o nascosti effetti spettanti alla eredità, decadono dalla facoltà di rinunziarvi e restano eredi puri e semplici non ostante la loro rinunzia.

1519. Se la rinunzia produce per il rinunziante lo stesso effetto come se mai fosse stato chiamato nella comunione, le conseguenze che ne derivano sono intuitive. La moglie perde tuttociò che potrebbe derivarle dalla comunione stessa, ma conserva per altro tutti i diritti che le si possono competere contro la comunione nel modo stesso che si competono ai terzi.

1520. La donna perde tutti gli utili derivati dalla società ancorchè quest'utili siano stati il prodotto della di lei industria. Perde ugualmente i beni acquistati in seguito ai risparmi fatti sui frutti e sulle entrate, o coi lucri del lavoro. Il marito o i di lui eredi rimangono soli proprietari dei beni. Ma a fronte di queste perdite la moglie resta esonerata da qualunque contribuzione ai debiti della

comunione tanto a riguardo del marito quanto a riguardo dei creditori, ammenochè non siasi obbligata congiuntamente col marito, poichè in questo caso la rinunzia non potrebbe far sì da distruggere il vincolo di diritto che pel fatto della sua obbligazione venne a formarsi fra essa ed i creditori.

1521. Conserva però il diritto di ottenere la restituzione dei propri beni immobili, il godimento dei quali formò subietto della comunione; di ottenere dal marito la debita indennità per la mala amministrazione di questi beni; di ottenere il rimborso delle somme pagate del proprio nell' interesse della comunione. In sostanza è applicabile in tutta la sua estensione il principio sancito dall' articolo 1716, che il socio ha azione contro la società non solo per la restituzione dei capitali sborsati a conto di essa ma altresì per le obbligazioni contratte di buona fede per gli affari sociali.

1522. La moglie decade dal diritto di rinunziare alla comunione se ha sottratti o nascosti effetti spettanti alla medesima *(arg. art. 953.)*.

Vi è *sottrazione* quando si tolgono degli effetti della comunione per appropiarseli e tôrne la conoscenza alle persone interessate. Vi è *nascondimento* quando si omette scientemente di descrivere nell'inventario degli effetti della comunione, o quando si opera in modo che non vi siano compresi. Queste sottrazioni, questi celamenti sono dei veri furti perchè tanto le une che gli altri hanno per scopo di togliere degli effetti comuni alla conoscenza delle persone che vi hanno dei diritti di comproprietà.

1523. La disposizione che fa decadere la moglie dal diritto di rinunziare alla comunione non è introdotta che a garanzia dei creditori e degli eredi del marito. Essi quindi, lasciando sussistere la rinunzia, possono limitarsi a domandare la restituzione degli effetti sottratti o nascosti senza esigere che la moglie rimanga obbligata a sottostare alle conseguenze della divisione. La rinunzia profitterà agli eredi del marito, i quali avranno così tutti i beni della comunione, e quanto venne sottratto o nascosto, e si assumeranno in conseguenza tutti i carichi della comunione medesima.

1524. Torniamo al nostro soggetto.

1525. Dicemmo già *(n.° 1453.)* che si può pattuire una parte disuguale nella partecipazione degli utili, purchè la contribuzione nel passivo non sia maggiore di quella che si ha nell' attivo. Cosicchè se si è pattuito, per esempio, la partecipazione per un quarto degli utili, la contribuzione al passivo non può esser maggiore di un quarto.

Nella divisione devono seguirsi le norme stabilite dal contratto matrimoniale, e secondo le medesime procedere alla ripartizione dell' attivo e del passivo.

1526. Ma se i patti relativamente alla ripartizione degli utili e dei debiti fossero contrari alle disposizioni della legge, o nella divisione si procedesse ad una ripartizione contraria alle convenzioni stipulate nel contratto di matrimonio, i creditori della comunione potrebbero insorgere contro quei patti o contro quella ripartizione.....?

Crediamo che sì. Per la stessa ragione che possono insorgere contro la rinunzia fatta dalla moglie in frode di loro, così, pare a noi, possano insorgere contro una ripartizione contraria alla legge o ai patti stipulati, quando per la esecuzione della medesima vengano a restarne pregiudicati.

1527. Sciolta che sia la comunione, se i coniugi vogliono ristabilirla la legge ne concede loro piena facoltà *(art. 1443.)*.

L' assenza può essere cessata per il ritorno dell' assente; la separazione personale può essere rimasta senza effetto per la riconciliazione avvenuta fra i coniugi; le cause della separazione giudiziale dei beni possono aver perduto tutta la loro forza, inquantochè il marito con una sag-

gia amministrazione, riordinando i propri affari, abbia fatto scomparire i pericoli che furono causa della separazione. In tutti questi casi non potrebbe certamente negarsi ai coniugi di riattivare quel regime che formò la condizione del loro matrimonio. Ecco le ragioni, a parer nostro, che hanno mosso il legislatore a permettere la ricostituzione della comunione.

1528. Concedendosi ai coniugi la facoltà di ristabilire la comunione si esclude necessariamente che, rimasta sciolta per la morte di uno dei coniugi, possa la società continuarsi con i loro eredi. Le convenzioni matrimoniali non possono perdurare se non se finchè dura il matrimonio: sciolto questo per la morte di uno dei coniugi le convenzioni relative vengono a risolversi ugualmente nel modo stesso in cui per la morte di uno dei soci finisce la società *(art. 1729. n.° 3.)* — Ma non è così delle altre cause per le quali si scioglie la comunione. Allorchè si verificano, sospendono e paralizzano, per espressa disposizione della legge, le convenzioni nuziali, ma non le distruggono perchè il matrimonio sussiste pur sempre: quindi niente di più naturale che, cessata la causa, ne cessino gli effetti e torni a rivivere fra i coniugi quel sistema che essi già stipularono perchè creduto il più adatto ed il più utile al loro interesse.

1529. Le frasi dell'articolo 1443. » *se* » *sciolta la comunione, i coniugi vogliono* » *ristabilirla possono ciò fare* » mentre dimostrano ad evidenza che finchè perdura il matrimonio la comunione può essere ristabilita qualunque sia stata la causa della sua dissoluzione, escludono poi necessariamente che possa continuarsi con gli eredi (30).

(30) Secondo il diritto *consuetudinario* Francese era ammessa la continuazione della comunione fra il coniuge superstite e gli eredi del coniuge defunto. Il Codice Napoleone soppresse questo sistema, fonte inesauribile di questioni ardue e difficili. « *Toullier. Tom. 7 pag. 211. n.° 3.*

1530. Benchè siano cessate le cause per le quali si fece luogo allo scioglimento della comunione, uno dei coniugi non può ristabilirla se non vi concorra il consenso dell' altro. Lo dice chiaramente l' articolo 1443, » *se .... i coniugi vogliono ristabilirla ec.* » È dal concorso della volontà di ambidue che dipende il ristabilimento, e se ne intende la ragione. Lo scioglimento della comunione ha fatto acquisire ad ambidue i coniugi dei diritti che non possono essere loro tolti se reciprocamente non vi rinunziano.

Ne consegue che, ritornando il coniuge assente, egli non può pretendere di ristabilire la comunione se il coniuge presente non vi consente. Ugualmente è necessario il consenso di ambidue se lo scioglimento della comunione avvenne per la loro separazione personale o per la separazione giudiziale dei beni.

1531. Ristabilita la comunione, dispone l' articolo 1443. che essa » *riprende* » *il suo effetto, come se la separazione non* » *avesse avuto luogo* ».

Per quanto generale ed assoluta si presenti questa disposizione crediamo però che debbansi ammettere delle limitazioni.

Sta bene che si consideri come non mai cessata la comunione per ciò che ha rapporto alla sua costituzione, alla ripartizione degli utili e degli acquisti, al suo scioglimento, ai patti speciali ai quali venne subordinata; ma non può operarsi, per una finzione legale, il ricongiungimento di due periodi di tempo distruggendo ciò che è intervenuto nell' intervallo e gli effetti che ne sono derivati.

1532. Come tante volte si è detto formano subietto della comunione — i frutti e le entrate dei beni dei coniugi — i lucri che essi ritraggono dal loro lavoro e dalla loro industria. Sciolta la comunione ciascuno dei coniugi riprende il pieno e libero esercizio dei propri diritti, per cui possono disporre a loro piacimento delle rendite e delle entrate dei propri

beni non che dei lucri che ritraggono dal lavoro e dalla industria. Ora se si volesse stare al senso litterale dell' articolo 1443. converrebbe ammettere che i frutti e le entrate percette, i lucri ritratti durante il periodo della separazione dovessero formare subietto della comunione, e che conseguentemente i coniugi fossero tenuti a rappresentarli. Ma ciò sarebbe assurdo, sarebbe una violazione del diritto di proprietà, e questo certamente non può avere inteso ne voluto la legge.

1533. Di fronte ai terzi, è fuori di dubbio che i diritti da essi acquistati durante la separazione non soffrono verun detrimento per il ristabilimento della comunione, inquantochè lo stesso articolo 1443. al principio proclamato che la separazione si riguarda come non avvenuta, aggiunge come eccezione che il ristabilimento non porta pregiudizio » *alle ragioni acquistate dai terzi durante la separazione.* »

Lo stesso sarebbe a dirsi dei diritti che si fossero verificati a favore dei terzi pel fatto stesso dello scioglimento della comunione: questi diritti sussistono in tutta la loro forza. Per esempio, se un terzo costituendo in dote alla sposa una data somma avesse stipulato che la somma stessa sarebbe a lui restituita nel caso di separazione giudiziale dei beni, essendosi verificato il caso contemplato, il ristabilimento posteriore della comunione lascerebbe salvo ed intatto il di lui diritto a ripetere la restituzione di quella somma. (31.).

1534. La legge permette il ristabilimento della comunione ma ad una condizione, cioè che non si rinnuovi » *con patti diversi da quelli con cui essa era anteriormente regolata* » *(art.* 1443. *capov.)*

Niente si deve immutare alla prima costituzione. La legge vuole che il regime della comunione torni a rivivere quale fu stipulato nel contratto di matrimonio senza aggiunte o modificazioni. È la conferma del principio che le convenzioni matrimoniali di qualunque specie non possono cangiarsi dopo la celebrazione del matrimonio *(art.* 1385.*).*

1535. Il detto articolo 1443 dichiara » *nulla qualunque convenzione colla quale si rinnuovasse la comunione con patti diversi da quelli con cui essa era anteriormente regolata* ».

Ma questa nullità colpisce soltanto il patto o nuovo, o aggiunto, o modificato, o investe ancora il ristabilimento stesso della comunione....? Per esempio, se nella prima costituzione non si fosse stipulato alcun patto speciale sulla ripartizione degli utili, e nel ristabilire la comunione si convenisse una ripartizione ineguale di quest' utili, o il prelevamento di una porzione a favore del coniuge superstite, la nullità investirebbe soltanto questi patti...?

Noi crediamo che i *patti* soltanto dovrebbero aversi come non avvenuti perchè colpiti da nullità, ma non già il fatto del ristabilimento della comunione la quale tornerebbe a rivivere nel modo stesso e colle condizioni colle quali venne antecedentemente stabilita. L'articolo 1443, parla unicamente di convenzioni, ossia di immutazioni che si volessero fare al primo contratto, ma non già del contratto stesso, onde è logico ritenere che la nullità che commina si riferisca esclusivamente ai patti e a niente altro. Non bisogna poi dimenticare che in tema di nullità non può ammettersi una interpretazione estensiva.

1536. Siccome lo scioglimento della comunione per l' assenza, o per la separazione di corpo o dei beni non può avvenire che dietro sentenza della autorità giudiziaria; così a paralizzare gli effetti di questo fatto giuridico occorre che il ristabilimento resulti in un modo certo ed autentico. È per questa ragione che

(31) Leg. 63. ff. de jur: dot. « *Stipulatio de dote reddenda ab extraneo interposita, facto divortio, statim committitur: nec redintegrato matrimonio actio stipulatori quaesita intercidit.* »

l' articolo 1443. prescrive che il ristabilimento della comunione deve essere fatto per atto pubblico.

1537. Avvertiremo per ultimo che il ristabilimento della comunione non sarebbe di ostacolo a domandarne nuovamente lo scioglimento quando tornassero a rivivere le cause per le quali venne sciolta la prima volta.

INDICE DEI TITOLI

PARTE PRIMA

Della personalità giuridica delle Donne.

Titolo primo

Titolo secondo

Titolo terzo

Titolo quarto

Titolo quinto

Titolo sesto

Titolo settimo

PARTE SECONDA

Dei diritti successori, e delle obbligazioni delle Donne.

Titolo primo

Titolo secondo

Titolo terzo

Titolo quarto

INDICE ANALITICO-ALFABETICO

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

I.

L.

N.

.

P.

R.

S.

T.

U.

ERRORI	CORREZIONI
Pag. 32. § 1. *Rapporti gli immesse di verso l'assente.*	*Rapporti degli immessi verso l'assente.*